

HET NEDERLANDSE PORTRETRECHT: EEN PORTRET ZONDER PERSPECTIEF ?

Clemens D.M.M. Steenbergen

Scriptie Nederlands recht

Open Universiteit Nederland

HET NEDERLANDSE PORTRETRECHT:
EEN PORTRET ZONDER PERSPECTIEF ?

Een onderzoek naar de ontwikkeling van het Nederlandse portretrecht

Scriptie Nederlands recht, Masteropleiding
Open Universiteit Nederland, Heerlen

Clemens D.M.M. Steenbergen
studentnummer 838343325

Begeleiding: mw. mr. R.A.M. Quanjel - Schreurs
Examinering: dhr. prof. mr. J.G.J. Rinkes

oktober 2007

VOORWOORD

Ave Maria, Advocata nostra, Speculum Iustitiae!

Dit werkstuk vormt het sluitstuk van mijn opleiding Nederlands recht aan de Open Universiteit Nederland. Het onderwerp heb ik om praktische redenen gekozen. Eerder maakte ik namelijk voor de cursus Intellectuele eigendom een werkstuk van klein formaat over dit onderwerp. Het onderwerp bood echter zoveel ruimte om dieper en uitgebreider op in te gaan, dat hiervan geen gebruik maken ondankbaar zou zijn geweest.

Hartelijk dank ik op deze plaats mijn Vader en Moeder voor de voorziening in de gehele studie! Ieder van mijn broers en zussen bedank ik voor de diverse hulp bij de nu afgeronde opleiding en voor de afleiding nodig in een opleiding.

Mevrouw Quanjel wil ik bijzonder danken voor haar motiverende en buitengewoon accurate scriptiebegeleiding! Tot slot op deze plaats een dankwoord mijnerzijds aan Professor Rinkes.

Steenbergen, 18 oktober 2007

Clemens D.M.M. Steenbergen

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	4
1.1	Een oriëntatie	4
1.2	De centrale vraag	6
2	Het huidige Nederlandse portretrecht	9
2.1	Algemeen: inleiding en het portretbegrip	9
2.2	Artikel 19-20 Aw	12
2.3	Artikel 21 Aw: algemeen	14
2.4	Artikel 21 Aw: het ideële portretrecht	16
2.5	Artikel 21 Aw: het commerciële portretrecht	19
2.6	Artikel 22 lid 1, 25a, 30 en 35 Aw	21
2.7	Algemene opmerkingen en art. 6:162 BW	23
2.8	Evaluatie van het huidige Nederlandse portretrecht	25
3	Wijzigingsvoorstellen m.b.t. het Nederlandse portretrecht	30
3.1	De Commissie Portretrecht: een portretwet	30
3.2	Evaluatie van de contouren van de portretwet	32
3.3	Pinckaers: een recht op de persona	40
3.4	Evaluatie van het recht op de persona	44
3.5	Van Engelen: wijziging art. 3:83 BW	53
3.6	Evaluatie van art. 3:83 BW i.v.m. het portretrecht	56
4	Samenvatting en conclusie	66
4.1	Antwoord op de centrale vraag	66
4.2	Afronding	68
	Literatuurlijst	70
	Jurisprudentielijst	75

1 Inleiding

1.1 Een oriëntatie

Deze scriptie gaat over portretrecht. Mag een krant zonder mijn toestemming een foto publiceren waarop ik zichtbaar ben onder een groep demonstranten? Mag ik als dropjesfabrikant, een dropje op de markt brengen waarop het gezicht van premier Balkenende zonder zijn voorafgaande toestemming de consument toelacht? Het portretrecht wil hoofdzakelijk antwoord geven op dergelijke vragen over de toelaatbaarheid van portretpublicatie. Zoals nog duidelijk zal worden moet *portret* in dit verband niet alleen worden opgevat in de klassieke betekenis van *geschilderde afbeelding van een bepaald persoon*; het portretrecht heeft grof gezegd betrekking op iedere herkenbare afbeelding van een of ander persoon.

Het portretrecht wordt in het algemeen gecategoriseerd onder het intellectuele eigendomsrecht. In het portretrecht gaat het inderdaad in wezen om een intellectuele eigendom. Niet het *corpus mechanicum*, de met het oog waarneembare beelddrager (bijv. papier, inkt of licht) maar het *corpus mysticum*, het via die beelddrager tot ons komende beeld van een mens vormt het eigenlijke object van het portretrecht.¹ Of en onder welke voorwaarden dit immateriële goed ter beschikking staat van de medemens, dat is de vraag waar het portretrecht antwoord op geeft. Portretten worden ook gebruikt als merken. Het merkenrecht, een ander deelgebied van het intellectuele eigendomsrecht, komt dan ook in beeld. Het portretrecht heeft echter raakvlakken met nog vele andere rechtsgebieden. Allereerst is er een sterke band met het meer algemene burgerlijk recht. Zoals nog duidelijk zal worden is de Nederlandse portretrechtelijke regeling te zien als een species van art. 6:162 BW. Behalve met het leerstuk van de onrechtmatige daad bestaan er echter ook banden met andere leerstukken: bijv. dat van de ongerechtvaardigde verrijking en dat van de ongeoorloofde mededinging. Ten tweede gaat het in portretrechtelijke kwesties bijna altijd om een afweging van grondrechten. De grondwet en verdragen komen er dus vaak aan te pas. Ten derde bestaat er een, zij het zwakke, band met het strafrecht. Portretrechtelijke kwesties kunnen zich gemakkelijk voordoen in de strafrechtelijke sfeer, denken we aan het zgn. criminelenbalkje. Belangrijker in dit verband is echter dat de handhaving van het portretrecht behalve civielrechtelijk ook strafrechtelijk kan geschieden en dat overigens het Wetboek van Strafrecht enkele zelfstandige strafbaarstellingen bevat die verband houden met

¹ De oorsprong van dit intellectuele goed ligt echter niet in de *menselijke* geest zoals dit tot op bepaalde hoogte bij vele andere immateriële goederen wél het geval is; zie hierna in deze paragraaf. De gebruikte terminologie (*corpus mechanicum*, lichamelijke drager en *corpus mysticum*, onlichamelijke schepping) heb ik ontleend aan Hirsch Ballin 1970.

portretten.² Deze bepalingen spelen in de praktijk echter een geringe rol of hebben betrekking op exorbitante situaties. Het eigenlijke portretrecht in Nederland is civielrechtelijk van aard.

Het portretrecht vindt in ons land zijn wettelijke basis in de Auteurswet 1912.³ Dikwijls wordt in de literatuur in twijfel getrokken of de portretrechtelijke bepalingen daar wel thuishoren.⁴ De daar achterliggende redenering is als volgt. Het recht van de geportretteerde is weliswaar wettelijk vormgegeven als *een beperking van het auteursrecht van de portrettist* en in zoverre hoort het portretrecht inderdaad thuis in de Auteurswet. In de rechtspraak wordt de genoemde beperking echter opgevat als een beperking van het recht van *elke derde*.⁵ Blijkbaar gaat het in het portretrecht niet zozeer om een bepaalde bijv. fotografische vastlegging van een bepaald persoon, maar om die persoon zelf (vgl. voorgaande alinea); het gaat niet zozeer om het auteursrechtelijk object, het portret, maar veeleer om het geportretteerde subject; niet zozeer de portrettist als wel de geportretteerde staat centraal, heeft zeggenschap over het portret en beperkt in dit verband het recht van ieder ander. Van een beperking van een *auteursrecht* van die ander (niet zijnde de portrettist) is nochtans volstrekt geen sprake. Geen mens heeft immers het uiterlijk van een ander gemaakt. Ook heeft de mens niet zelf zijn uiterlijk gemaakt, zodat ook in dat opzicht geen sprake is van een auteursrecht. Inderdaad kan dus geconcludeerd worden dat wettelijke vormgeving van het Nederlandse portretrecht in de Auteurswet 1912 merkwaardig is; in de Nederlandse portretrechtspraktijk is het uitgangspunt niet het portret als maaksel van de portrettist, maar het portret als een manifestatie van de geportretteerde waarover hij of zij zelf een zekere zeggenschap heeft tegenover de medemens.

De stelling dat het portretrecht niets te maken heeft met het auteursrecht is echter alles behalve juist. Auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst ten aanzien van de waarneembare vorm van zijn werk, waarbij *werk* immaterieel is bedoeld, als de geestelijke schepping die het substraat is van de tastbare uiterlijke verschijningsvorm.⁶ Zoals reeds opgemerkt (in de voorgaande alinea) gaat het in het portretrecht niet zozeer om het portret als maaksel van de portrettist als wel om het portret als uitdrukking van iemands persoonlijkheid. Waar auteursrechtelijk gezien het portret de waarneembare vorm is, daar is het substraat dus een persoon met een steeds weer uniek menselijk uiterlijk, welk kunstwerk als schepper kent: de ongeschapen Schepper, de Auteur van alle auteurs, God zelf.⁷ Een portretrecht is dus een auteursrecht en wel in de meest eigenlijke zin. Het subject van de

2 De strafrechtelijke handhavingsmogelijkheid van het portretrecht wordt gevonden in art. 35 Aw; de andere strafbaarstellingen die verband houden met het portretrecht vinden we in art. 139f, 139g en 441b Sr.

3 Wet van 23 september 1912, *Stb.* 308, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht.

4 Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 366; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 303; Oppenoorth 1986, p. 85. Van Vliet 1995, p. 253 lijkt meer geneigd het toepasselijk achten van de portretrechtelijke regeling op derden (zie hierna) te verwerpen dan de situering van het portretrecht in de Auteurswet te bekritisieren.

5 Zie hierna in 2.2 en 2.3.

6 Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 303.

7 Genesis 1, 26-27: '... God schiep de mens naar zijn beeld ...'. Veel portretten zijn echter nog slechts ten dele of zelfs in het geheel niet meer te beschouwen als een uitdrukking van een Goddelijk kunstwerk, omdat dit werk tegen de bedoeling van zijn Schepper in en dus met schending van Zijn auteursrecht verstoord is door de mens zelf, zodat het in de mate waarin dit gebeurd is, zonder herstel nadien, niet meer te beschouwen is als Gods werk maar veeleer als een verstoring ervan. Het Goddelijk auteursrecht echter blijft altijd. Zie ook Grün 2000, p. 319-326 en 452-456.

auteursrechten welke behandeling vinden in de Nederlandse Auteurswet, moet in het portretrecht (en niet alleen hier) fungeren als object van een hoger auteursrecht. Ofschoon aan dit laatste helaas en fataal genoeg geen praktische uitwerking is gegeven in de Nederlandse wetgeving, misstaat de verankering van het Nederlandse portretrecht in de Auteurswet dus juist geenszins. Overigens vindt het portretrecht ook in andere landen, zoals in België en Duitsland, een regeling in een wet die vergelijkbaar is met onze Auteurswet⁸ en wordt ook anderszins wel een verband gelegd tussen het portretrecht en het auteursrecht.⁹

1.2 De centrale vraag

De in ons land geldende portretrechtelijke wetsartikelen dateren uit het begin van de vorige eeuw. In de huidige samenleving is het aantal mogelijkheden om zowel een portret vast te leggen als openbaar te maken enorm gestegen. Sinds 1912 is het aantal mogelijkheden om te fotograferen en te filmen sterk toegenomen. De kans dat iemands portret gemerkt of ongemerkt wordt vastgelegd is bijvoorbeeld aanzienlijk vergroot sinds er mobiele telefoons op de markt zijn met ingebouwde foto- en filmfunctie; veel mensen hebben nu permanent een foto- en filmtoestel binnen handbereik. Waar het aantal mogelijkheden toeneemt om een gegeven visueel vast te leggen, neemt in het algemeen echter ook de drang tot publicatie van dat gegeven toe, namelijk om de voorafgaande vastlegging meer zinvol te maken. Maar ook los daarvan hebben de komst van de televisie en van het internet in de vorige eeuw de mogelijkheden tot portretpublicatie gigantisch uitgebreid. Daarnaast zijn er allerlei digitale technieken ontwikkeld (waardoor het bijvoorbeeld zonder werkelijk bestaand portret mogelijk is iemands portret in het leven te roepen of waardoor een bestaand portret zonder moeite in een bepaalde niet originele context kan worden geplaatst) en zijn er diverse soorten dragers van visuele data uitgevonden (zoals video, cd-rom, cd-i enz.). Dit alles heeft een explosieve groei teweeggebracht van het aantal mogelijkheden om iemands portret te publiceren en daarmee ook een enorme vergroting van de kans dat iemands portret daadwerkelijk wordt openbaargemaakt.

Behalve deze technische ontwikkeling met een daarmee gepaard gaande stijgende maatschappelijke consumptiegraad van beeldmateriaal, valt er echter in onze samenleving nog een andere ontwikkeling te bespeuren die de drang tot portretpublicatie drastisch heeft vergroot: de toegenomen commercialisering. Heel de samenleving is één grote markt geworden waarop alles wat maar mogelijk is wordt verhandeld, in geld wordt omgezet en wordt geëxploiteerd.

8 In België vinden we de wettelijke basis van het portretrecht in de *Auteurswet 1994*, in Duitsland in het *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*. In Italië ligt de wettelijke basis zowel in het Italiaanse Burgerlijk Wetboek als in de daar geldende Auteurswet, vgl. Pinckaers 1996, p. 12.

9 Zie bijv. Mulder 1998, p. 2-3; weliswaar gaat het hier om een verband tussen het zgn. recht op de persona (uit het later in deze scriptie te bespreken voorstel van Pinckaers) en het auteursrecht, maar hier zij reeds vermeld dat het portretrecht als een facet van het recht op de persona kan worden beschouwd. Vgl. ook Pinckaers 1998, p. 22, waar Mulder verweten wordt dat hij het recht op de persona door 'een auteursrechtelijke bril' bekijkt; voor deze benaderingswijze van Mulder is echter wel iets te zeggen.

Steeds meer worden ook portretten aangewend met het oog op een financieel gewin. Als iemand bijv. rugtassen verkoopt en hij plakt daar in het vervolg een portret op van een bekende voetballer, dan kan hij waarschijnlijk rekenen op een hogere opbrengst en een grotere omzet. Dit verschijnsel, *merchandising*, geeft de persoon bij wiens populariteit wordt aangehaakt de mogelijkheid om een geldelijke bijdrage te verlangen voor het gebruik van zijn portret.¹⁰ Dit is slechts een van de vele mogelijkheden om uit een portretpublicatie een slaatje te slaan. De commercialisering van de maatschappij heeft dus een drang naar exploitatie van portretten bewerkstelligd. Deze tendens heeft in de afgelopen decennia, ook in samenhang met de eerdergeschetste technische ontwikkeling en het ontstaan van een consumptiemaatschappij, geresulteerd in een gigantische toename van het aantal portretpublicaties. Portretrechtelijke kwesties komen dan ook steeds vaker aan de orde.¹¹

Tegen deze achtergrond kan men zich terecht afvragen of de wettelijke bepalingen van portretrecht daterend uit het begin van de vorige eeuw nog wel voldoen, of er in de rechtspraak adequaat is gereageerd op allerlei ontwikkelingen en of het portretrecht in de stand waarin het nu verkeert naar behoren zijn functie kan vervullen. Aan het einde van de vorige eeuw zijn er diverse voorstellen gedaan tot wijziging of aanpassing van het portretrecht. Deze voorstellen waren vooral een reactie op de toegenomen commercialisering van het portret, zoals geschetst in de vorige alinea. In 1994 verscheen er een voorstel van Van Engelen dat op zich slechts zijdelings te maken heeft met het portretrecht.¹² Het wordt door hem echter daarmee in verband gebracht als zou het een oplossing aandragen voor een zich op dit gebied voordoend probleem. Een belangrijk portretrechtelijk wijzigingsvoorstel verscheen in 1996 van de hand van Pinckaers.¹³ In hetzelfde jaar verscheen er een voorstel van de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht tot ontwikkeling van een aparte portretwet.¹⁴

Het Nederlands portretrecht vertoont blijkbaar mankementen en functioneert niet naar behoren. In deze scriptie wordt elk van de genoemde voorstellen onder de loep genomen en wordt de waarde ervan gepeild. De centrale vraag van deze scriptie luidt als volgt: *Geven de verschillende wijzigingsvoorstellen met betrekking tot het portretrecht een verbetering aan het huidige Nederlandse portretrecht?* Uitgangspunt is dus het huidige Nederlandse portretrecht. Dit moet eerst diepgaand behandeld worden vooraleer de wijzigingsvoorstellen die daarop betrekking hebben juist kunnen worden beoordeeld. Het bestaan van diverse voorstellen tot wijziging van het portretrecht veronderstelt de aanwezigheid van een probleem. Uiteraard zal ik nagaan of deze

10 Voor een uitgebreide studie over merchandising zie Jeremiah 1997, met name Hoofdstuk 5 dat handelt over portretmerchandising; zie ook Van Wechem 1996 en Kok 1999.

11 Vgl. Gilhuis 2005, p. 320 e.v.; Van Vliet 1995, p. 253; Beunen 1997, p. 4-5; Gauß 2004, p. 558; Legler 1998, onder 1. Vorbemerkung; vgl. ook Stevens 2003, p. 6 op wiens werk ik later in deze scriptie nog inhaak.

12 *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden). Het voorstel waar het in deze scriptie om gaat is te vinden op p. 331; het gelegde verband met het portretrecht blijkt op p. 46-51, 109-111, 210-214, 322-324, 329-330 en 431-432.

13 *From privacy toward a new intellectual property right in persona* (diss. Amsterdam UvA). Opgemerkt zij dat het voorstel van Pinckaers op veel meer betrekking heeft dan alleen het portretrecht.

14 'Contouren van een portretwet. Preadvies van de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht'.

aanwezigheid een vermeende of een werkelijke is. Getracht zal worden het precieze mankement in de voortschrijdende ontwikkeling van het Nederlandse portretrecht boven water te halen. Of de wijzigingsvoorstellen hiervoor een oplossing aanreiken, dat is het antwoord op de centrale vraag. Meer algemeen bezien geeft deze scriptie de waarde aan van zowel het huidige Nederlands portretrecht als van de daarop betrekking hebbende wijzigingsvoorstellen en geeft het tevens een indicatie voor de toekomstige ontwikkeling van het portretrecht.

De structuur van deze scriptie is als volgt. Hierna in hoofdstuk 2 zal ik eerst het Nederlands portretrecht behandelen in de ontwikkelingsfase waarin het nu verkeert. Na een inleiding met behandeling van het wettelijk portretbegrip (paragraaf 2.1) geef ik een verdere systematische uiteenzetting (paragraaf 2.2 t/m 2.7) en sluit af met een evaluatie (paragraaf 2.8). Vervolgens komen in hoofdstuk 3 de verschillende voorstellen een voor een aan bod en wordt nagegaan of deze soms een oplossing bieden voor de problemen in het Nederlands portretrecht die eerder aan het licht kwamen. Als eerste behandel ik het voorstel van de Commissie Portretrecht omdat dit voorstel het meest rechtstreeks betrekking heeft op het huidige Nederlands portretrecht. Na een kennismaking met de inhoud (paragraaf 3.1) peil ik de waarde ervan (paragraaf 3.2). Als tweede voorstel behandel ik het voorstel van Pinckaers, dat eigenlijk op veel meer betrekking heeft dan alleen het Nederlandse portretrecht. Ook hier weer eerst een inhoudelijk (paragraaf 3.3) en vervolgens een evaluatief gedeelte (paragraaf 3.4). Als laatste behandel ik het voorstel van Van Engelen, daar dit slechts zijdelings van doen heeft met het portretrecht. Na een inhoudelijke weergave (paragraaf 3.5) volgt weer een beoordeling (paragraaf 3.6). De conclusie, hoofdstuk 4, zal het antwoord geven op de centrale vraag.

2 Het huidige Nederlandse portretrecht

2.1 Algemeen: inleiding en het portretbegrip

De kern van het portretrecht wordt gevormd door art. 19-21, 22 lid 1, 25a, 30 en 35 van de Auteurswet 1912 (Aw).¹⁵ De art. 19-21, 22 lid 1 en 25a Aw zijn van materieel recht, de art. 30 en 35 Aw zijn van formeel recht. Onder de bepalingen van materieel recht is een belangrijke tweedeling zichtbaar. De inhoud van het portretrecht blijkt namelijk in eerste instantie af te hangen van de vraag of de afgebeelde persoon kort gezegd al dan niet opdracht heeft gegeven voor het maken van het portret. De art. 19 en 20 Aw zien op portretten die zijn *vervaardigd ingevolge een opdracht* die door of vanwege de geportretteerde persoon of ten behoeve van hem, aan de maker is gegeven. Art. 21 Aw ziet op het geval dat er *geen sprake is van een opdrachtsituatie*. Alvorens echter de inhoud van de wettelijke bepalingen een voor een na te gaan in de volgende paragrafen, zal ik in deze paragraaf eerst het wettelijk portretbegrip afbakenen. Toepasselijkheid van de portretrechtelijke bepalingen uit de Aw veronderstelt namelijk in de eerste plaats dat er sprake is van een portret in de zin van deze wet.

Volgens de MvT van de Aw is onder een portret te verstaan ‘een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is’.¹⁶ Wat dus de afbeeldingstechniek of de materie van de beelddrager betreft: het is niet van belang of het portret is geschilderd, gefotografeerd, driedimensionaal is vormgegeven of zelfs in het geheel niet stoffelijk is vastgelegd, zoals bij een rechtstreekse televisie-uitzending.¹⁷ Voor de vraag of er sprake is van een portret is verder niet zo zeer de aanwezigheid van overeenstemmende gelaatstreken als wel de herkenbaarheid van de persoon beslissend.¹⁸ Het portretbegrip is in de rechtspraak in de loop van de tijd danig opgerekt. Ofschoon de Hoge Raad aanvankelijk overeenstemmende gelaatstreken nodig en associatie alleen niet genoeg achtte,¹⁹ is hij nu geleidelijk tot een portretbegrip gekomen waaronder nog een afbeelding kan vallen waarop een herkenbaar gelaat geheel ontbreekt mits een of meer andere identificerende factoren aanwezig zijn.²⁰ Op grond van deze jurisprudentie kan gesteld worden dat nu onder portret in de zin van de wet dient te worden verstaan: *elke zichtbare weergave waarop iemand herkenbaar is*

15 Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 366; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 303.

16 *Kamerstukken II* 1911/12, 227, nr. 3.

17 Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 366-367; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 306; Gerbrandy 1988, p. 274.

18 Gerbrandy 1988, p. 269; Oppenoorth 1986, p. 86; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 367.

19 HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 220, m.nt. GJS, AA 1970, p. 377, m.nt. Cohen Jehoram, *BIE* 1971, nr. 24, p. 122, m.nt. SB (*Ja zuster/nee zuster*).

20 HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80, m.nt. Dommering, *Informatierecht/AMI* 2003, p. 175, m.nt. Hugenholtz, *Mediaforum* 2003, p. 211, m.nt. Schuijt (*Breekijzer*); Visser 2004, p. 538; Pres. Rb. Breda 24 juni 2005, *Informatierecht/AMI* 2005, p. 171, *IER* 2005, nr. 80 (*Gouden Gids & Katja Schuurman/Yellow Bear e.a.*).

afgebeeld. Loutere associatie is nog altijd onvoldoende. Herkenbaarheid, ook al is die beperkt, geeft steeds de doorslag.²¹

Het portretrecht heeft dus op veel meer betrekking dan op wat men letterlijk als portret zou beschouwen. Iemand kán herkenbaar zijn door de afgebeelde gelaatstreken, maar dat kan ook op andere wijze, bijvoorbeeld door een typerende lichaamshouding. Een kleine of grote balk over het gezicht kan op zichzelf dus niet een beroep van de geportretteerde op zijn of haar portretrecht voorkomen. Een digitaal gemanipuleerd portret valt onder het portretbegrip, mits nog of al (afhankelijk van het antwoord op de vraag of er is uitgegaan van een portret van dezelfde persoon of juist niet) voldoende identificerende factoren aanwezig zijn.²² Belangrijk is dat ook de context waarin een persoon is vastgelegd kan leiden tot de vereiste herkenbaarheid. Een zanger kan, met een grote zonnebril op, op zich onherkenbaar zijn, maar als hij samen met de band is weergegeven kan hij waarschijnlijk wél worden herkend. Ook in vermomming kan een afgebeelde persoon herkenbaar zijn.²³ Een karikatuur met beperkte gelijkenis vormt ook een portret.²⁴ Daarentegen vormt een aap met een naam van een bepaald persoon eronder geen portret. Ofschoon de *aanleiding tot* herkenning buiten het gehele of gedeeltelijke beeld van de betreffende persoon kan liggen, moet er uiteindelijk sprake zijn van een *herkenning van die persoon in dat beeld*, m.a.w. er moet sprake zijn van *fysieke* herkenbaarheid.²⁵ Zo is ook een grondig afgebalkte crimineel op een persfoto die eerder aan zijn Ferrari dan aan zijn foute pak is te herkennen, niet aan te merken als portret in de zin van de wet: de afbeelding bezit geen fysieke aspecten meer van de betreffende persoon en er is bijgevolg geen sprake meer van een beeld van een bepaald persoon.²⁶

Of een look-alike of dubbelganger onder het portretbegrip van de art. 19-21 Aw valt, is omstreden.^{27, 28} Duidelijk is dat een look-alike-portret in wezen nooit beschouwd kan worden als

21 Oppenoorth 1993, p. 79. Een onmiddellijke herkenbaarheid is niet vereist en ook herkenbaarheid voor enkelingen is voldoende, Gielen & Verkade 2005, p. 52; vgl. ook Pinckaers 1996, p. 131 bovenaan.

22 Beunen 1997, p. 167-168; Beunen benadrukt dat het resultaat van de bewerking beslissend is en niet de vraag welk portret tot uitgangspunt heeft gediend.

23 Pres. Rb. Amsterdam 2 december 1999, *Informatierecht/AMI* 2000, p. 31, m.nt. Schuijt, *KG* 2000, 17, *Mediaforum* 2000, p. 57, m.nt. Visser (*Sinterklaas*); Visser 2000, p. 565.

24 Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 december 1965, *BIE* 1966, nr. 66, p. 240 (*Feyenoord-spelers*); Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 308.

25 Zie het in noot 19 hierboven vermelde *Ja zuster/nee zuster*-arrest.

26 Het hier genoemde voorbeeld is afkomstig van Hugenholtz in zijn annotatie bij het *Breekijzer*-arrest (zie noot 20 hierboven). Hij meent dat er in dergelijk geval mogelijk wél sprake is (of in de toekomst zal zijn) van een portret in de zin van de wet. Gelijk geef ik hem als hij zegt dat het *lijkt* dat de Hoge Raad in het *Breekijzer*-arrest terugkomt op de leer dat fysieke herkenbaarheid een *conditio-sine-qua-non* is voor toepassing van het portretrecht. Gelukkig is het echter in werkelijkheid nog niet zover: wie de cruciale r.o. 4.6.3 bestudeert, moet tot de conclusie komen dat de leer van de fysieke herkenbaarheid nog altijd geldt. (Wie ervan uitgaat dat die leer sinds 2 mei 2003 niet meer geldt, móet m.i. aannemen dat het portretrecht sinds die datum geen portretrecht meer is; begrijpelijk is dan ook dat Hugenholtz een verwijzing toevoegt naar het voorstel van Pinckaers dat verderop in deze scriptie aan bod komt.) In de genoemde r.o. stelt de Hoge Raad: '... dat het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg behoeft te staan dat sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken ...'. De *identiteit van de persoon* moet dus kunnen blijken en wel *uit elementen van de afbeelding*; dit kunnen blijken, hetgeen niets anders wil zeggen dan dat de identiteit *in een of ander beeld (hetzij een geheel hetzij een gedeeltelijk) van hem of haar* moet kunnen worden *herkend* (door wie wordt niet gezegd, dus *herkenning door enkelingen is vereist*), is echter uitgesloten als niet een of meer elementen van de totale afbeelding van fysieke aard zijn. Alleen fysieke elementen kunnen namelijk maar behoren bij één bepaalde persoon en om die reden een identificerende rol vervullen.

27 Gielen & Verkade 2005, p. 52; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 309 bovenaan; Beunen 1997, p. 165-166 en 213-214. Dikwijls wordt met een verwijzing naar het *Millecam*-arrest (Pres. Rb. Amsterdam 22 december 1994, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 136, m.nt. Spoor, *Mediaforum* 1995, p. B19, *IER* 1995, nr. 12, p. 61) gesteld dat een look-alike *niet* onder het portretbegrip valt (zo bijv. Pinckaers 1996, p. 129 en Pinckaers 1997b, p. 48); dit lijkt mij echter net iets te kort door de bocht.

28 Het antwoord op deze vraag hangt bovendien nauw samen met allerlei andere opvattingen in verband met het portretrecht. Voor

een portret van een ander; er bestaan geen twee mensen met een totaal identiek uiterlijk, m.a.w. elk menselijk uiterlijk is uniek. Dit wil echter nog niet zeggen dat in één portret niet twee verschillende mensen herkend kunnen worden. Hoewel dit bij voldoende (voor)kennis niet licht zal gebeuren, is de kans dat dit gebeurt groot als er een look-alike in het spel is. In een dergelijk geval is de kans dat het portret juist die kenmerken bevat welke de werkelijk geportretteerde onderscheiden van *alle* overige mensen gering; look-alikes onderling onderscheiden zich immers qua uiterlijk in zeer weinig van elkaar. Een portret van een look-alike van de geportretteerde stelselmatig als portret van de geportretteerde aanmerken (zodat de weg naar het portretrecht openstaat) lijkt onrechtvaardig. Dat het nu eenmaal natuurlijkerwijs voorkomt dat mensen verdacht veel op elkaar lijken, dat kan de betrokkenen bij een portretpublicatie niet kwalijk worden genomen. Het is bijvoorbeeld onaanvaardbaar te beweren dat als iemand een portret van zichzelf laat maken en een derde dit portret vervolgens wil publiceren, de vrijheid hiertoe in het algemeen niet alleen afhankelijk zou zijn van de toestemming van de geportretteerde maar ook van alle anderen die verdacht veel lijken op de geportretteerde. Dit zou zowel onpraktisch als onredelijk zijn. Vergen dat door betrokkenen bij portretpublicatie geen *misbruik* wordt gemaakt van een natuurlijke gelijkenis, is echter m.i. bepaald niet onredelijk.²⁹ Het is m.i. dus noodzakelijk dat, bij de vaststelling of een look-alike-portret als portret in de zin van art. 19-21 Aw heeft te gelden, rekening wordt gehouden met de bedoeling en daarmee samenhangende zorgvuldigheid van betrokkenen.³⁰ Als een derde een bepaald portret wil publiceren *als* portret van iemand die verdacht veel lijkt op de geportretteerde of verwijtbaar het risico op zich neemt dat die indruk bij het publiek zou kunnen ontstaan, dan lijkt het mij, *mede gezien de ruime betekenis die overigens aan het portretbegrip wordt toegekend*, alleszins redelijk dat (ook) de belangen van de persoon die zoveel lijkt op de geportretteerde en die in het portret herkend wordt, worden betrokken bij de vraag of de publicatie al dan niet rechtmatig is.

Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Ik heb een winkel waarin allerlei tabaksproducten worden verkocht. Ik wil in een huis-aan-huisblad een advertentie plaatsen voor een bepaald soort sigaretten. Ik zoek een geschikt plaatje van iemand die ik in de advertentie de sigaretten kan laten aanprijzen. Toevallig heb ik een foto van de broer van de directeur van plaatselijke Albert Heijn.

hen bijv. die stellen dat het portretrecht ex art. 21 Aw geen zelfstandige betekenis meer heeft naast art. 6:162 BW, heeft het antwoord op de vraag sowieso geen waarde meer, omdat - of look-alikes nu in of buiten de portretrechtelijke boot vallen - het onrechtmatigheidscriterium altijd hetzelfde is, nl. dat van art. 6:162 BW.

29 Vgl. het leerstuk van misbruik van bevoegdheid, art. 3:13 BW.

30 Dat hier dus een subjectieve achtergrond wordt meegewogen is m.i. noodzakelijk, ofschoon het op zich niet wenselijk is: de grenzen van het portretbegrip worden hiermee immers minder objectief en de rechtszekerheid neemt af. M.i. verliest het portretrecht (zoals dit nu geldt in Nederland) zijn zin zowel indien een portret van een look-alike van de geportretteerde *steeds* als portret heeft te gelden in de zin van de Aw als indien het *nooit* als zodanig heeft te gelden. In het ene geval is de vrijheid van look-alikes onderling ten opzichte van elkaar veel te beperkt en in het andere geval zou het portretrecht voor iemand geen betekenis hebben enkel wegens het bestaan van look-alikes. M.i. is het enige juiste criterium wat in dit verband kan worden aangelegd (helaas) een subjectief, nl.: heeft de openbaarmaker van het portret de intentie gehad misbruik te maken van het bestaan van een look-alike of heeft de openbaarmaker verwijtbaar onvoldoende rekening gehouden met het bestaan van een look-alike en het daaruit voortvloeiende verwarringsgevaar. Een dergelijk criterium hanteert de Hoge Raad overigens ook in het *Gouden Gids*-arrest (zie noot 20 hierboven), r.o. 3.19. Opgemerkt zij nog dat enige objectivering van het genoemde criterium zeer wel mogelijk en zelfs hoogstnoodzakelijk is, omdat juist op het onderhavige gebied motieven e.d. verborgen worden. Nagegaan moet dan worden of het verwarringsgevaar tussen de eigenlijk geportretteerde en de look-alike gekend werd dan wel redelijkerwijs gekend had moeten zijn en of tegen deze achtergrond de zorgvuldigheid in acht is genomen die in een dergelijk geval van betrokkenen verwacht mag worden om verwarring te voorkomen. Overigens mogen m.i. aan genoemde zorgvuldigheid zeker geen hoge eisen worden gesteld, omdat anders de verhouding tussen look-alikes onderling te bekrompen wordt.

De gelijkenis met de directeur is sprekend. De broer is overigens een goede kennis van mij; hij verblijft in het buitenland en ik weet dat hij zich niet te veel met zijn familie wil bemoeien. Dit alles betekent voor mij een mooie samenloop van omstandigheden: de volgende week ligt er bij iedereen een prachtafbeelding in de bus. ‘Sigaretten passen nu juist niet bij de man’, denken de afbeeldinglezers, ‘maar het is toch aardig dat hij opkomt voor dat tabakswinkeltje.’ De Albert-Heijn-directeur zelf krijgt ook lucht van de afbeelding en wordt er zelfs door zijn collega’s op aangesproken. Hij is woedend en wil actie ondernemen: hij heeft uit principe nog nooit zijn gezicht laten zien in de commerciële reclamewereld en bovendien wil hij in geen geval geassocieerd worden met sigaretten. Als hij thuis de afbeelding nog eens even rustig bekijkt, ziet hij vrijwel meteen dat het gaat om een foto van zijn broer. Is de weg naar het portretrecht voor de directeur afgesloten?³¹ M.i. niet *zonder meer*. Pas als aannemelijk is dat de portretpublicatie niet bedoeld is als portretpublicatie van de betreffende directeur maar werkelijk als publicatie van het portret van de look-alike en dat er voldoende zorgvuldigheid betracht is om bij het publiek een link met de directeur te voorkomen, pas dan dient het portretrecht voor de directeur geen functie meer te vervullen en kan het vangnet van art. 6:162 BW (zie hierna in 2.7) eventueel dienst doen.³² In het algemeen blijken bij portretpublicatie achterliggende motieven en de in acht genomen zorgvuldigheid uit de context. Tegen deze achtergrond kan gesteld worden dat een portret sec van een look-alike van de geportretteerde buiten het wettelijk portretbegrip valt; als er echter sprake is van bijkomende omstandigheden (beeldmanipulatie, toegevoegd onderschrift) vormt dat look-alike-portret meestal wél een portret in de zin van de wet.^{33, 34} Nu de grenzen van het portretbegrip zijn afgetast, zal ik de verschillende portretrechtelijke wetsbepalingen behandelen.

2.2 Artikel 19-20 Aw

Art. 20 Aw bepaalt dat een in opdracht gemaakt portret gedurende het leven van de geportretteerde en tien jaar daarna niet zonder diens toestemming respectievelijk die van de nabestaanden openbaar mag worden gemaakt door de portretist. In de situatie waarin er door, namens of ten behoeve van de geportretteerde opdracht is gegeven tot het maken van het portret is publicatie in beginsel dus *niet* geoorloofd. De geportretteerde heeft een vetorecht: publicatie van het portret mag slechts met zijn of haar voorafgaande toestemming. Deze toestemming kan een expliciete zijn, maar ook een impliciete toestemming volstaat. Art. 20 Aw beperkt het recht van de portretist en kent de geportretteerde dus op indirecte wijze bepaalde rechten toe jegens de

³¹ Dat het hier simpelweg gaat om een portret van een broer van de directeur zal ik namelijk gemakkelijk kunnen aantonen.

³² Het aannemelijk maken van de aanwezigheid van genoemde bedoeling en zorgvuldigheid is bijv. uitgesloten indien ik de broer van de AH-directeur op de afbeelding een AH-uniform heb aangetrokken of als onder het portret (behalve de achternaam ook) de voornaam van de AH-directeur staat. Als daarentegen juist niets is veranderd of toegevoegd aan het portret en de voornaam van de broer van de directeur onder het portret staat, dan is het tegendeel het geval.

³³ Ingeval de bijkomende omstandigheden namelijk *niet* een verkeerde suggestie wekken, komt in de rechtspraak de vraag of er sprake is van een portret in de zin van de wet meestal niet aan bod, daar er dan voor betrokkenen immers geen reden is om te ageren.

³⁴ Vgl. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 309 bovenaan.

portrettist. Volgens vaste rechtspraak zijn deze rechten *echter mede in te roepen jegens alle andere derden die het portret zouden willen publiceren of gepubliceerd hebben*.^{35, 36}

Art. 20 Aw betreft *de beperking van de bevoegdheden van de portrettist* (auteursrechtelijke bevoegdheden) en elke andere derde tegenover de in opdracht geportretteerde. Art. 19 Aw kent echter daarnaast nog bepaalde bevoegdheden toe aan de in opdracht geportretteerde om met betrekking tot het portret sommige handelingen te verrichten die zonder deze bevoegdheidstoekenning voorbehouden zouden zijn aan de portrettist als auteur van het portret.³⁷ Zo mag de in opdracht geportretteerde zijn of haar portret zonder meer *verveelvoudigen*; dezelfde bevoegdheid komt na overlijden toe aan de nabestaanden. *Openbaarmaking* van een dergelijk portret buiten de portrettist om is echter niet verder toegestaan dan verbreiding in enigszins gesloten kring (familie, vrienden)³⁸ behalve ingeval er sprake is van een fotografisch portret: een in opdracht gemaakt fotografisch portret mag zonder meer door of met toestemming van de geportretteerde (resp. een van diens nabestaanden) worden gepubliceerd, maar slechts in een nieuwsblad of tijdschrift en mits daarbij de naam van de maker, voor zover deze op of bij het portret is aangeduid, wordt vermeld. Zowel in art. 19 als in art. 20 Aw heeft de wetgever rekening gehouden met de complicatie dat één afbeelding meer dan één portret bevat.³⁹

Waar art. 19 en 20 Aw betrekking hebben op de situatie waarin er door, vanwege of ten behoeve van de geportretteerde opdracht is gegeven tot het maken van het portret, heeft art. 21 Aw betrekking op de situatie waarin dat juist niet het geval is. Meestal is wel duidelijk of er al dan niet sprake is van een voor de geportretteerde in opdracht gemaakt portret. Het gaat erom dat het portret ten behoeve van de geportretteerde wordt gemaakt en dat het niet zou zijn gemaakt indien de geportretteerde of een ander te zijnen behoeve, niet de opdracht daartoe had gegeven.⁴⁰ Art. 21 Aw kan dus zeer wel betrekking hebben op een in opdracht gemaakt portret, zolang de opdracht maar niet op een of andere manier afkomstig is van de geportretteerde en zolang dit portret maar voor een ander dan de geportretteerde is gemaakt. Aan de andere kant kan art. 21 Aw ook zeer wel betrekking hebben op een portret speciaal gemaakt voor de geportretteerde, zolang er maar geen sprake is van een opdracht tot die portrettering. Verder moet de *opdracht* tot het maken van een portret niet verward worden met de *toestemming* tot het maken van een portret.⁴¹ Het ingaan op een aanbod tot portrettering met aflevering van het portret (straatfotograaf, kermistekenaar) is een opdracht in de zin van bedoelde wetsartikelen; het enkele verlenen van toestemming om te portretteren is dat niet. Aanwezigheid van een opdracht

35 Er is hier sprake van een constructie via art. 35 Aw dat een jegens een ieder geldende norm bevat; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 310; Gielen & Verkade 2005, p. 51 en 78; Van Vliet 1995, p. 253; Beunen 1997, p. 155.

36 Voor de bescherming van de rechten van de geportretteerde op basis van de art. 20 en 21 Aw is zelfs irrelevant of het portret überhaupt auteursrechtelijk beschermd is, Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 309 midden pagina; Beunen 1997, p. 154.

37 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 312; Gielen & Verkade 2005, p. 50-51; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 367; Oppenoorth 1986, p. 85.

38 De verspreiding op iets grotere schaal van een van een portret voorzien bidprentje na een begrafenis kan hier nog juist door de beugel.

39 Vgl. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 313.

40 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 312.

41 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 312; Gielen & Verkade 2005, p. 51.

veronderstelt overigens niet per se betaling voor het portretteren.⁴² Nu het onderscheidend criterium voor de toepasselijkheid van art. 19-20 Aw dan wel art. 21 Aw helder is, zal ik vervolgen met de behandeling van art. 21 Aw.

2.3 Artikel 21 Aw: algemeen

Art. 21 Aw bepaalt dat openbaarmaking van een niet in opdracht gemaakt portret niet is geoorloofd voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen die openbaarmaking verzet. Na overlijden van de geportretteerde is de publicatie niet geoorloofd voor zover een redelijk belang van een van de nabestaanden zich daartegen verzet. Ook hier weer, zoals in art. 20 Aw, is het publicatieverbod naar de letter van de wet slechts gericht tot de portrettist, maar is het vaste rechtspraak dat dit publicatieverbod mede geldt voor alle andere *derden* die het portret zouden willen publiceren of gepubliceerd hebben.⁴³ Het is duidelijk dat ingeval art. 21 Aw van toepassing is, de positie van de geportretteerde veel zwakker is dan ingeval art. 20 Aw toepassing vindt. Terwijl publicatie van het in opdracht gemaakte portret niet is geoorloofd dan met toestemming van de geportretteerde, is publicatie van het niet in opdracht gemaakte portret *slechts ongeoorloofd voor zover een redelijk belang van de geportretteerde daardoor wordt geschonden*. Art. 21 Aw geeft geen absoluut subjectief recht noch stelt het een toestemmingsvereiste zoals art. 20 Aw, maar het geeft via een wettelijke zorgvuldigheidsnorm een meer of minder vergaande aanspraak tegen publicatie van portretten waardoor de positie van de geportretteerde nog altijd sterk kan zijn.⁴⁴ Omdat er in verreweg de meeste portretrechtelijke gevallen sprake is van een niet in opdracht gemaakt portret, is dé grote taak van het portretrecht het beantwoorden van de vraag wanneer er sprake is van *een redelijk belang in de zin van art. 21 Aw*.⁴⁵ Op deze vraag is geen algemeen geldig antwoord te geven. De open norm van art. 21 Aw vereist steeds weer een op het geval toegesneden toetsing. Wel zijn er in de rechtspraak inmiddels een flink aantal indicatoren uitgekristalliseerd die de uitkomst van die toetsing min of meer voorspelbaar maken.

Twee categorieën van redelijke belangen in de zin van art. 21 Aw worden tegenwoordig onderscheiden: belangen van *morele* aard en belangen van *commerciële* aard.⁴⁶ De wetgever van 1912 heeft alleen de bescherming van de morele belangen voor ogen gehad⁴⁷; de erkenning van commerciële belangen heeft in de rechtspraak plaatsgevonden. Het enkele aanwezig zijn van een redelijk belang (hetzij moreel hetzij commercieel) aan de zijde van de geportretteerde betekent

42 Gielen & Verkade 2005, p. 51.

43 Zie noot 35 en 36 hierboven.

44 Gielen & Verkade 2005, p. 51; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 316.

45 Vgl. Beunen 1997, p. 155; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 367; Pinckaers 1996, p. 118.

46 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 313-314; Gielen & Verkade 2005, p. 52-53; Oppenoorth 1986, p. 87-88; Beunen 1997, p. 155; Pinckaers 1996, p. 137-162.

47 *Kamerstukken II* 1911/12, 227, nr. 4-5 (MvA); Van Vliet 1995, p. 254 boven; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 314-315; Beunen 1997, p. 155; Oppenoorth 1986, p. 88; Pinckaers 1996, p. 137; Van Engelen 1994, p. 46-47.

volgens de rechtspraak echter nog niet dat publicatie van het portret ongeoorloofd is. Bijna steeds is er een spanningsveld met de vrijheid van meningsuiting. De Hoge Raad heeft gekozen voor de opvatting dat niettegenstaande de aanwezigheid van een redelijk belang aan de kant van de geportretteerde, een verdere belangenafweging op zijn plaats is en hij heeft deze afweging geplaatst in de sleutel van de twee conflicterende grondrechten van art. 8 EVRM resp. art. 10 EVRM (recht op eerbiediging van privéleven resp. recht op vrijheid van meningsuiting).⁴⁸ Het belang van de geportretteerde moet volgens de Hoge Raad dus steeds worden afgewogen tegen andere belangen, met name het belang van de informatievrijheid (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR, art. 7 Gw) en alle daarop gebaseerde rechten. In dit verband zij vermeld dat beeldinformatie volgens de rechtsspraak zonder meer onder de uitingenvrijheid valt.⁴⁹

Het feit dat het redelijk belang ex art. 21 Aw tweeërlei kan zijn, maakt dat er twee gebieden te onderscheiden zijn in het portretrecht: het ideële en het commerciële portretrecht. Ieder mens heeft recht op privacy, op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR, art. 10 Gw). Dit gegeven is de grondslag voor de erkenning van de *morele* belangen, ook wel persoonlijkheidsbelangen of ideële belangen genoemd, welke zich verzetten tegen ongewenste publicatie van een portret. Het privacybelang vormt in het kader van de belangenafweging ex art. 21 Aw een zwaarwegend belang; zoals gezegd heeft het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer echter niet een absoluut gewicht dat in beginsel groter is dan dat van het recht op vrijheid van meningsuiting. Zoals bij elke belangenafweging zijn de concrete omstandigheden van het geval steeds van grote invloed op de uitkomst van die afweging.⁵⁰ De situatie dat het belang van de geportretteerde tegen portretpublicatie van morele aard is, het geval dus waarin er sprake is van een ideëel portretrecht, zal ik hierna verder behandelen onder 2.4.

De Hoge Raad heeft erkend dat van een redelijk belang ex art. 21 Aw ook sprake kan zijn wanneer de populariteit van de geportretteerde, verworven in de uitoefening van een beroep, van dien aard is dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van zijn portret mogelijk wordt, m.a.w. als er sprake is van zogenaamde *verzilverbare populariteit*.⁵¹ Het belang van de geportretteerde ligt dan daarin dat hij of zij kan delen in de voordelen van de commerciële exploitatie en daarvoor een financiële vergoeding ontvangt. De situatie dat het belang van de geportretteerde tegen portretpublicatie van financiële

48 HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, m.nt. Verkade, *Informatierecht/AMI* 1994, p. 93, m.nt. Schuijt, *Mediaforum* 1994, p. B30, met comm. Oppenoorth op p. 58, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 659, m.nt. Verheij (*Ferdi E.; Moordenaar G.J. Heijn*); Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 316-318; Gielen & Verkade 2005, p. 52; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 369; Oppenoorth 1993, p. 80; Oppenoorth 1994, p. 58; Van Vliet 1995, p. 256; Pinckaers 1996, 138-140.

49 Oppenoorth 1994, p. 58.

50 Zie bijv. Pres. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, p. 42, m.nt. Schuijt (*Endstra/ Quote I*) versus Pres. Rb. Amsterdam 22 november 2002, *Mediaforum* 2003, p. 70, m.nt. Schuijt (*Endstra/ Quote II*); Visser 2003, p. 541.

51 HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 383, m.nt. LWH, *BIE* 1979, nr. 23, p. 163, *Tijdschrift voor auteurs- en mediarecht* 1979, p. 52, m.nt. Spoor (*'t Schaep met de Vijf Pooten*). Vóórdat de Hoge Raad in dit arrest voor het eerst een commercieel belang van de geportretteerde ex art. 21 Aw erkende, werd een dergelijk belang overigens reeds een tijd lang erkend in de lagere rechtspraak, met Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1959, *NJ* 1959, 648 (bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 13 april 1960, *NJ* 1961, 160; *Teddy Scholten*) als koploper. Ook hier echter werd het materieel belang tegen niet-geautoriseerd commercieel portretgebruik voorbehouden aan specifieke groepen beroepsbeoefenaren: met name populaire artiesten, presentatoren en sportlieden (Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 334).

oftewel materiële aard is, het geval dus waarin er sprake is van een commercieel portretrecht, zal ik hierna verder behandelen onder 2.5.

Van belang is dat een beroep op art. 21 Aw voor de geportretteerde steeds is afgesneden voor zover toestemming tot publicatie gegeven moet worden geacht. In een dergelijk geval is de openbaarmaking geoorloofd en komt de vraag van het redelijk belang niet meer aan de orde. Niet omdat de geportretteerde geen redelijk belang meer zou kunnen hebben, maar omdat hij door het verlenen van toestemming een verbintenis heeft aangegaan om zich niet (op grond van art. 21 Aw of anderszins) tegen de publicatie te verzetten.⁵² Toestemming tot het maken van een portret en toestemming tot publicatie daarvan dienen hier goed te worden onderscheiden, ofschoon het zeer wel mogelijk is dat het een het ander (tot op bepaalde hoogte) stilzwijgend impliceert.⁵³ Belangrijk is dat als er sprake is van een toestemming tot publicatie, dit niet wil zeggen dat die toestemming alle openbaarmakingsvormen omvat: de toestemming betreft slechts die vorm, wijze, context, omvang en frequentie van een publicatie welke is overeengekomen of welke overeengekomen moet worden geacht.⁵⁴

2.4 Artikel 21 Aw: het ideële portretrecht

Zoals hierboven duidelijk werd kan de geportretteerde zich verzetten tegen portretpublicatie op grond van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of op grond van een of ander daarop gebaseerd recht. Niet elk persoonlijkheidsbelang levert echter een succesvol beroep op art. 21 Aw op. Soms geldt het belang van degene die publiceert of van andere betrokkenen als zwaarder wegend. De rechtsspraak laat zien *welke* persoonlijkheidsbelangen van de geportretteerde bijna steeds een succesvol beroep op art. 21 Aw opleveren en wanneer dus in het concrete geval de belangenweegschaal doorslaat ten voordele van de geportretteerde. De geportretteerde trekt meestal aan het langste eind:⁵⁵

- als er sprake is van een inbreuk op de strikt intieme sfeer;
- als zijn of haar portret gebruikt wordt voor reclame;
- als er sprake is van een ongewenste vereenzelving met een bepaalde (bijv. sociaal diskwalificerende, criminele of politiek gekleurde) context;
- als het gaat om onzedelijke portrettering;
- als de portretpublicatie gevaar voor bespotting of minachting oplevert en er dus schade ontstaat aan het imago van de geportretteerde;

52 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 321; Gielen & Verkade 2005, p. 52; Oppenoorth 1986, p. 88; Oppenoorth 1993, p. 79; Pinckaers 1996, p. 170. Voorafgaand toestemming vragen tot een portretpublicatie is dus nooit onverstandig; wordt de toestemming *niet* gegeven, dan wil dat immers nog niet zeggen dat daarom de publicatie onrechtmatig is volgens Nederlands recht.

53 Gielen & Verkade 2005, p. 52; Oppenoorth 1986, p. 85; Pinckaers 1996, p. 170.

54 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 322 (gedeelte in kleine letters boven de voetnoten). Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 323 en hierna in 2.7 (eerste alinea) voor de situatie waarin juist ex- of impliciet is overeengekomen dat een bepaalde publicatie *niet* zal plaats hebben.

55 Deze rubricering heb ik ontleend aan Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 323.

- als er sprake is van gevaarstelling voor de geportretteerde;
- als zijn of haar resocialisatiebelang zich verzet tegen de portretpublicatie.

De oorzaak van de schending van een persoonlijk belang kan dus liggen in het gepubliceerde portret zelf, maar even goed in de context waarin de publicatie plaatsvindt. Overigens blijven, ook al doet zich een van de hierboven vermelde belangen van de geportretteerde voor, de omstandigheden van het geval van groot belang.⁵⁶ Als bijv. de publicatie door de geportretteerde als het ware zelf is uitgelokt, dan wordt het weer meer waarschijnlijk dat die publicatie rechtmatig wordt geoordeeld.⁵⁷ De publicatie wordt daarentegen weer sneller onrechtmatig geoordeeld als de geportretteerde bijv. door de publicatie uit de anonimiteit wordt gehaald.⁵⁸

Met de speciale status van prominenten moet ook in het portretrecht rekening worden gehouden.⁵⁹ Hoogwaardigheidsbekleders, politici, topsporters en soms ook captains of industry kunnen zich dikwijls minder gemakkelijk dan gewone burgers verzetten tegen ongewenste publicatie van hun portret, vanwege de media-aandacht die er voor hen bestaat. De informatievrijheid ziet niet alleen op de bescherming van de vrijheid van het vergaren, uiten en doorgeven van gegevens, maar ook op het ontvangen daarvan.⁶⁰ Tot op zekere hoogte heeft eenieder recht op ontvangst van gegevens betreffende publiek bekende personen, juist omdat ze dat zijn (de zgn. glass-house-theorie). Ook wordt met betrekking tot bekende personen wel gesproken over de zgn. waakhondfunctie van de media in een democratische samenleving: daarmee wordt bedoeld dat de media de taak hebben om te berichten over publieke figuren (met name politici) om op die manier een correcte uitoefening van hun functies te bewerken.⁶¹ Bekendheden dienen dus, ook op portretrechtelijk gebied, wat te dulden. Met name in het geval van inbreuk op de strikt persoonlijke sfeer kunnen zij zich niet in alle gevallen tegen de publicatie van hun portret verzetten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft een belangrijke nadere invulling gegeven aan de afweging tussen het belang van de informatievrijheid van (entertainment- of roddel-)pers en het privacybelang van een *public person*. Als het omstreden portret uitsluitend betrekking heeft op details van het privé-leven van de bekende persoon en het enige doel van publicatie bestaat in het bevredigen van de nieuwsgierigheid van lezers, is er sprake van een ontoelaatbare inbreuk op de privacy van de geportretteerde. Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gerechtvaardigd *doordat zij bijdraagt aan een publiek debat over een kwestie van algemeen belang*.⁶² Ook lijken portretten die in een context van hinderlijk volgen tot stand zijn gekomen eerder in de ban te worden gedaan dan in meer normale omstandigheden

56 Van Vliet 1995, p. 258-259 geeft een hier toepasselijk belangenafwegingsmodel waarin een groot aantal eventuele omstandigheden zijn geïntegreerd. Zie ook: Pinck aers 1996, p. 153-155.

57 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 323; het eigen-schuld-criterium speelt hier dus een rol. De specifieke portretrechtelijke positie van zowel prominenten als van strafrechtelijk vervolgd (zie hierna in deze paragraaf) kan gezien worden als verband houdend met dit criterium.

58 Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 369.

59 Van Vliet 1995, p. 258.

60 De Cock Buning 2005, p. 157; Peters 2003a, p. 273.

61 Gilhuis 2005, p. 325.

62 EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004, p. 252 (*Caroline von Hannover/Duitsland*); Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 319; vgl. ook Peters 2003b, p. 325.

gemaakte afbeeldingen.⁶³ Behalve in geval van schending van de privacy moeten bekende personen ook in geval van bespottend zich wat meer laten welgevalen. Het adagium ‘hoge bomen vangen veel wind’ behoort blijkens de rechtspraak bij de beoordeling van het redelijk belang ex art. 21 Aw te worden meegewogen.⁶⁴

Bij jurisprudentieonderzoek valt op dat bij gebruik zonder toestemming van iemands portret in reclame een beroep op art. 21 Aw door de geportretteerde vrij snel wordt gehonoreerd.⁶⁵ Het recht om reclame te maken (en het commerciële belang van de reclamemaker daarbij) is een vorm van het recht op vrijheid van meningsuiting zoals gegarandeerd in art. 10 EVRM. Het belang van de reclamemaker wordt dan ook ten volle meegewogen in de belangenafweging ex art. 21 Aw. Van zwaarder gewicht acht men echter veelal het persoonlijkheidsbelang van de geportretteerde om zich te verzetten tegen de door een reclame-uiting opgeroepen associatie met een bepaald product of een bepaalde dienst. Sinds het arrest *Staat/Kijkshop* (ook *Balkenende*-arrest genoemd) is het duidelijk dat het publiek niet eens hoeft te menen dat er sprake is van een publieke ondersteuning door de geportretteerde van het product of de dienst.⁶⁶ Enkele associatie met een product of dienst kan in beginsel (ook hier kan er weer een factor zijn die tot een tegengesteld resultaat leidt) worden tegengegaan door iedere geportretteerde en wel op grond van een ontoelaatbare schending van een ideëel belang ex art. 21 Aw. Om zich met succes tegen de reclame-uiting te verzetten moet de associatie er wel daadwerkelijk zijn, d.w.z. de afbeelding moet van zodanige aard zijn dat er voldoende reden is voor het publiek om een link te leggen tussen de geportretteerde en het product of de dienst. Daarvan zal sprake zijn als de betrokkene min of meer centraal staat in de afbeelding, maar niet in het geval van bijv. een straatbeeld, waarop de betrokkene min of meer toevallig voorkomt (tussen anderen en voor kennissen nauwelijks herkenbaar).⁶⁷

Strafrechtelijk verdachten en veroordeelden kunnen in het ideële portretrecht als een aparte categorie worden beschouwd. Ten eerste geldt er voor hen een bijzondere regeling in art. 22 lid 1 Aw, betreffende openbaarmaking vanwege justitie; deze regeling zal ik later behandelen onder 2.6. Ten tweede bevinden zij zich portretrechtelijk gezien vaak in een bijzonder spanningsveld en is bijgevolg de belangenafweging ex art. 21 Aw in hun geval meestal een afweging van sterk contrasterende belangen.⁶⁸ Wanneer een portret van iemand die (terecht of onterecht) strafrechtelijk wordt vervolgd als zodanig wordt gepubliceerd, dan betekent dit voor de betreffende verdachte of veroordeelde dat hij of zij openlijk aan de schandpaal wordt genageld. Bovendien kan publicatie afbreuk doen aan het recht op een fair trial en een schending opleveren van de onschuldpresumptie (art. 6 EVRM, art. 14 IVBPR). Er is aan de kant van de verdachte of veroordeelde dus een zwaarwegend privacybelang tegen de openbaarmaking van zijn of haar

63 Gilhuis 2005, p. 326.

64 Visser 2006, p. 547; Beunen 1997, p. 152.

65 Gielen & Verkade 2005, p. 52; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 369; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 325-328.

66 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *Mediaforum* 2005, p. 125, *IER* 2005, nr. 44 (*Staat/Kijkshop*; *Balkenende*); Visser 2006, p. 547.

67 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 327.

68 Deze alinea is gedeeltelijk gebaseerd op Schuijt 2005, p. 940-943.

portret. Aan de kant van media en publiek is echter ook een min of meer zwaarwegend belang om het portret juist te publiceren. De verdachte/veroordeelde en het eventuele slachtoffer staan niet op zich, maar maken deel uit van een samenleving, een samenleving die door het betreffende delict min of meer verstoord is. Het is de functie en de plicht van de pers en de media in een democratische samenleving om informatie te verschaffen over alle zaken van publiek belang. In het algemeen kan gesteld worden dat publicatie van een portret van een verdachte in een strafzaak die de samenleving zeer ernstig heeft geschokt, niet onrechtmatig is jegens de verdachte als deze publicatie plaatsvindt in de context van een zakelijke berichtgeving. In het kader van de portretrechtelijke bescherming van de verdachte/veroordeelde zij tot slot nogmaals opgemerkt dat een grote of kleine balk over de ogen of het gehele gezicht niet in de weg hoeft te staan aan een succesvol beroep op portretrechtelijke bescherming (zie onder 2.1 hierboven). In dit verband is van belang dat de Hoge Raad bovendien heeft opgemerkt dat balkjes kunnen criminaliseren, zodat afbalken, in de poging om een portret onherkenbaar te maken, een averechts effect kan hebben en juist tot een portretrechtinbreuk kan leiden.⁶⁹

2.5 Artikel 21 Aw: het commerciële portretrecht

Zoals hierboven (onder 2.3) duidelijk werd, heeft de Hoge Raad erkend dat in bepaalde gevallen ook een commercieel belang in aanmerking komt om te gelden als redelijk belang in de zin art. 21 Aw. De geportretteerde is in een dergelijk geval een populair persoon en voor exploitatie van die populariteit door een publicatie van zijn of haar portret wordt normaliter door die persoon een vergoeding ontvangen, m.a.w. de betreffende persoon bezit verzilverbare populariteit. Blijft die vergoeding achterwege (en is er dus geen toestemming voor het portretgebruik) dan heeft de populaire persoon er een financieel belang bij om zich te verzetten tegen de portretpublicatie. Het is van belang te onderkennen dat hier sprake is van een geheel andere rechtsgrond voor portretrechtelijke bescherming dan in het ideële portretrecht.⁷⁰ Daar was de rechtsgrond van immateriële aard: bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Hier is de rechtsgrond van materiële aard: een bepaalde vorm van prestatiebescherming. De betrokkene heeft zich door zijn prestaties goodwill weten te verwerven en wordt deze goodwill op een nieuwe manier geëxploiteerd (bijv. door merchandising), dan heeft hij recht op een gedeelte van de vruchten daarvan.⁷¹

Niet iedereen bezit verzilverbare populariteit en dus niet iedereen kan een beroep doen op het commerciële portretrecht. Een aantal categorieën bekende personen hebben inmiddels in de rechtspraak erkenning van hun verzilverbare populariteit gekregen, zoals beroepssporters,

⁶⁹ Zie het in noot 20 hierboven vermelde *Breekijzer*-arrest, r.o. 4.6.3; Visser 2004, p. 538; Gilhuis 2005, p. 329, tweede kolom; Oppenoorth 1993, p. 80.

⁷⁰ Over cumulatie van de twee rechtsgronden zie hierna in 3.4.

⁷¹ Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 314-316, 334-336; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 370; Gielen & Verkade 2005, p. 52-53; Van Engelen 1994, p. 48-51; Pinckaers 1996, p. 157-158; Oppenoorth 1986, p. 88; Beunen 1997, p. 152-153.

artiesten en schrijvers.⁷² Van recht op verzilverbare populariteit is in principe sprake bij de aanwezigheid van een combinatie van drie elementen: populariteit, beroepsmatigheid en (feitelijke) verzilverbaarheid.⁷³ Bij de beantwoording van de vraag of de drie elementen aanwezig zijn, moet rekening worden gehouden met de normen die gelden in de praktijk en met hetgeen gebruikelijk is in het maatschappelijk verkeer.⁷⁴ Overigens wordt inmiddels in de literatuur in twijfel getrokken of de eis van beroepsmatigheid nog geldt. Ook de andere twee eisen van populariteit en feitelijke verzilverbaarheid worden er steeds meer afgezwakt, m.a.w. er is een onmiskenbare tendens waarneembaar tot oprekking van het begrip verzilverbare populariteit.⁷⁵ Soms wordt er nog een stapje verder gegaan en wordt er gepleit voor een commercieel portretrecht voor *iedereen*.⁷⁶

Ofschoon er ook zeker in de jurisprudentie een tendens zichtbaar is tot oprekking van het begrip verzilverbare populariteit in het kader van art. 21 Aw, wordt er daar echter in het algemeen toch vastgehouden, zij het soms op ondoorzichtige wijze, aan de eis van populariteit en de eis van feitelijke verzilverbaarheid daarvan.⁷⁷ Wél werd inmiddels in de lagere rechtsspraak het beroep gehonoreerd van een amateursporter op een commercieel belang ex art. 21 Aw.⁷⁸ Men kan echter m.i. niet stellen dat de eis dat de populariteit in de uitoefening van een beroep moet zijn verworven in het algemeen niet meer geldt zolang de Hoge Raad hier niet uitdrukkelijk op is teruggekomen. Deze eis die in het *Schaep*-arrest gesteld wordt, vormt m.i. niet een loutere aansluiting bij de in die procedure aan de orde zijnde feiten.⁷⁹ Het stellen van de beroepsmatigheidseis in dit arrest getuigt duidelijk van een niet ongegronde vrees voor het verzilveren van *elke* populariteit via art. 21 Aw en voor een oneigenlijk gebruik van het portretrecht op grote schaal en deze eis is derhalve te zien als een uitvloeisel van een principieel categoriale keuze.⁸⁰ Er moet van worden uitgegaan dat de drie genoemde eisen nog altijd gelden ofschoon misschien de indruk ontstaat dat, door ruime interpretatie ervan in de rechtsspraak, de een of andere eis opzij werd geschoven.⁸¹ Dat dit laatste echter niet is geschied, blijkt duidelijk uit het feit dat bepaalde groepen categorisch een beroep op een commercieel belang ex

72 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 336; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 371.

73 Zie het in noot 51 hierboven vermelde *Schaep*-arrest; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 336; Pinckaers 1996, p. 165; Van Engelen 1994, p. 109-110; Beunen 1997, p. 157.

74 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 336; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 370-371; Pinckaers 1996, p. 165. Bekende fotomodellen bijv. kunnen inmiddels ook verzilverbare populariteit genieten, Beunen 1997, p. 157.

75 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 337; Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 370; Oppenoorth 1986, p. 88; Van Engelen 1994, p. 109-110 en 213; Beunen 1997, p. 157-158.

76 In deze zin: Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. 7. Zie ook Pinckaers in zijn noot op p. 201-203 onder Hof Amsterdam 10 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 200 (bekrachtigend Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1990, ibidem; *Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag*); vgl. Pinckaers 1996, p. 166; Bockwinkel & De Winter 1997, p. 131.

77 Vgl. bijv. het in de vorige noot vermelde vonnis *Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag*.

78 Hof Amsterdam 27 mei 1993, *NJ* 1994, 658, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 96, m.nt. Cohen Jehoram (bekrachtigend Rb. Haarlem 6 november 1990, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 198, m.nt. Pinckaers op p. 201-203; *Amateurbokser Vanderlijde*).

79 Zoals Van Engelen 1994, p. 109 genegen is te beweren.

80 Een andere kwestie is het of deze keuze juist is of maatschappelijk gezien houdbaar.

81 In verband met het eerdervermelde arrest *Amateurbokser Vanderlijde* (noot 78 hierboven) bijv. zij opgemerkt dat nergens de grens tussen beroep en liefhebberij zo vaag is als in de sportwereld. Het dient dan ook gezegd dat het woord *amateur* in de naam van het arrest misleidend kan zijn; wie het arrest nagaat, ontdekt dat de populariteit waar het om gaat goeddeels op beroepsmatige of daarmee vergelijkbare wijze is verworven. Blijkens het *Schaep*-arrest gaat het er niet om of de populaire status van de sporter die van een professional of van een amateur is, maar op *de wijze waarop* die populaire status is verworven; deze moet professioneel of beroepsmatig zijn. Ook blijkt uit de context dat de Hoge Raad met de eis van beroepsmatigheid werkelijk *prestaties* wil beschermen en een ontarding in een bescherming van elke min of meer toevallige populariteit door amateurisme wil voorkomen; m.i. kan in het geval van de amateurbokser moeilijk van deze laatste soort populariteit worden gesproken.

art. 21 Aw werd en wordt ontzegd: leden van het koninklijk huis, (al dan niet populaire) politici, zakenlieden, vakbondsleiders, artsen en tal van andere groepen.⁸² Hier ontbreekt steeds een van de drie vereiste elementen.

De personen met verzilverbare populariteit kunnen zich op grond van art. 21 Aw verzetten tegen ongewenste portretpublicatie als de gewenste vergoeding voor de portretpublicatie onterecht achterwege blijft.⁸³ Dit is meestal het geval bij gebruik van portretten in reclame-uitingen en advertenties voor commerciële producten en diensten. Hetzelfde geldt bij portretgebruik in producten als geïllustreerde briefkaarten, kalenders, spellen en andere gebruiksvoorwerpen en bij portretgebruik op de verpakking van producten. Het gebruik zonder vergoeding van een portret van iemand met verzilverbare populariteit in een boekuitgave dat die persoon tot enig of meest belangrijk onderwerp heeft, kan ook worden tegengegaan via art. 21 Aw.⁸⁴ Het gaat hier steeds om publicatie voor in overwegende mate commerciële doeleinden. Personen met verzilverbare populariteit kunnen zich meestal niet op grond van een materieel belang ex art. 21 Aw verzetten tegen portretgebruik in geïllustreerde tijdschriften of (zgn. showpagina's of sportpagina's van) dagbladen. Dit verzet is ook niet mogelijk tegen portretgebruik in boeken over het artiestendom of de sport enz. als geheel.⁸⁵ Hier gaat het steeds om portretpublicatie in het kader van nieuws- of informatievoorziening; mocht er in deze gevallen nog sprake zijn van een inbreuk op een commercieel portretrecht dan wordt deze gerechtvaardigd door art. 10 EVRM.⁸⁶

2.6 Artikel 22 lid 1, 25a, 30 en 35 Aw

De art. 19-21 Aw zijn nu behandeld; de resterende portretrechtelijke artikelen zal ik behandelen in deze paragraaf. Artikel 22 lid 1 Aw bepaalt dat in het belang van de openbare veiligheid en ter opsporing van strafbare feiten afbeeldingen van welke aard ook door of vanwege de justitie mogen worden openbaar gemaakt. Dit vormt een belangrijke beperking van de portretrechtelijke bescherming voor de verdachte of veroordeelde. Het is een beperking van het recht op privacy als voorzien in art. 8 lid 2 EVRM.⁸⁷ Is een portret eenmaal vanwege de justitie, bijv. in *Opsporing*

82 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 336; Beunen 1997, p. 157-158; vgl. bijv. het in noot 66 hierboven vermelde *Balkenende*-arrest, r.o. 5.2.

83 Onterecht wil in dit verband zeggen dat het relevante *handelsgebruik* in het zich voordoend geval betaling van de vergoeding vereist; zie het in noot 51 hierboven genoemde *Schaep*-arrest waarin de Hoge Raad verwijst naar 'de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen op dit punt'; vgl. Pinckaers 1996, p. 163; Boekman 1966, p. 31.

84 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 337-338; Pinckaers 1996, p. 159-162; Beunen 1997, p. 159; Van Engelen 1994, p. 110-111.

85 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 337-338; Pinckaers 1996, p. 159-162; Beunen 1997, p. 159; zie voor de onderhavige materie ook Pinckaers in zijn noot onder het arrest *Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag* (noot 76 hierboven), p. 202-203.

86 Vgl. bijv. het in noot 76 hierboven vermelde arrest *Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag*. Als echter in dergelijke gevallen van nieuws- of informatievoorziening het commerciële element weer zo sterk op de voorgrond treedt (opgelet: dit kan door degene die nieuws- of informatievoorziening heet, gemaskeerd zijn) dat betwijfeld moet worden óf er eigenlijk in wezen nog sprake is van nieuws- of informatievoorziening, dan komt een beroep voor de geportretteerde op art. 21 Aw weer in zicht; vgl. het in noot 78 hierboven vermelde vonnis en arrest *Amateurbokser Vanderlijde*, waar het ging om portretpublicatie in een geïllustreerd tijdschrift maar met een commercieel doel en waar een beroep op het commerciële portretrecht bijgevolg werd gehonoreerd.

87 Vgl. Schuijt 2005, p. 942.

Verzocht, algemeen openbaar gemaakt, dan kan de verdachte/veroordeelde zich ook niet meer verzetten tegen publicatie van dat bepaalde portret door anderen.⁸⁸ Voor een ander portret van dezelfde verdachte/veroordeelde geldt zoals in normale gevallen weer art. 20 of 21 Aw. Het feit dat een portret van een verdachte/veroordeelde eenmaal als zodanig is gepubliceerd, terwijl dat niet eerder geschiedde, vormt echter m.i. een omstandigheid die het belang van de verdachte/veroordeelde sterk doet afnemen om zich te verzetten tegen een nieuwe soortgelijke publicatie van een ander portret van hem of haar.

Artikel 25a bepaalt wie precies nabestaande is in de zin van art. 19-21 Aw: nabestaanden van de overleden geportretteerde zijn de ouders, de echtgenoot of de zogeheten geregistreerde partner⁸⁹ en de kinderen. Ieder der nabestaanden kan zijn recht zelfstandig uitoefenen (art. 25a Aw tweede volzin). De persoon die nabestaande is in de zin van art. 25a Aw beschikt in beginsel over een eigen bevoegdheid tot het verveelvoudigen of openbaarmaken van het in opdracht gemaakte portret (vgl. art. 19 Aw; de bevoegdheid tot openbaarmaken is echter zeer beperkt, zie lid 3) alsmede over de mogelijkheid de toestemming tot openbaarmaking van een dergelijk portret door een ander te verlenen of te weigeren (vgl. art. 20 Aw; slechts gedurende tien jaar na overlijden van de geportretteerde) of zich op grond van een *eigen* redelijk belang te verzetten tegen de publicatie van het niet in opdracht gemaakte portret (vgl. art. 21 Aw).⁹⁰ Omdat er meestal meerdere nabestaanden zijn in de zin van art. 25a, kan er in de praktijk zowel bij toepasselijkheid van art. 20 Aw als bij toepasselijkheid van art. 21 Aw bij gewenste publicatie sprake zijn van een vetorecht voor elk van de nabestaanden. Als dit onoverkomelijke problemen oplevert, kan een dergelijk vetorecht door rechterlijke tussenkomst worden opgeheven (art. 25a Aw derde volzin).⁹¹

Art. 30 Aw geeft degene wiens portret in strijd met art. 19-21 Aw is (of dreigt te worden) openbaar gemaakt de (auteursrechtelijke) opeisings- en beslagbevoegdheden als in art. 28 en 29 Aw voorzien. De overige civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden die toepassing kunnen vinden in verband met het portretrecht vinden hun basis in het gemene civiele recht: de verbodsactie, de schadevergoedingsactie (c.q. vergoeding van niet in vermogensschade bestaand nadeel), de vordering tot afdracht van winst (ex art. 6:104 BW), de rectificatievordering en de eis tot terugnemering van onrechtmatig verspreide portretten (de zgn. recallvordering).⁹² Art. 35 Aw stelt het strafbaar om een portret in het openbaar ten toon te stellen of op andere wijze openbaar te maken zonder daartoe gerechtigd te zijn. Het ‘zonder daartoe gerechtigd te zijn’ dient te worden ingevuld overeenkomstig de normen van art. 20 en art. 21 Aw.⁹³ Art. 35 Aw vereist voor

88 Gielen & Verkade 2005, p. 54. M.i. kan de verdachte/veroordeelde zich wel weer op basis van art. 20/21 Aw verzetten tegen bepaalde ongewenste *vormen van* openbaarmaking van dat bepaalde portret, bijv. publicatie in een denigrerende context.

89 Dit is toegevoegd sinds 1 januari 1998 met de inwerkingtreding van de zogeheten *Aanpassingswet geregistreerd partnerschap* (Stb. 1997, 660).

90 Brinkhof, Grosheide & Spoor, art. 25a, 2-4.

91 Brinkhof, Grosheide & Spoor, art. 25a-4; Gielen & Verkade 2005, p. 59.

92 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 341; Gielen & Verkade 2005, p. 53; Pinckaers 1996, p. 179-188.

93 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 344 onderaan; Gielen & Verkade 2005, p. 78; Pinckaers 1996, p. 119.

strafbaarheid geen opzet.⁹⁴ De handhaving van het portretrecht geschiedt in de praktijk overigens nauwelijks via strafrechtelijke en bijna steeds via civielrechtelijke weg.⁹⁵

2.7 Algemene opmerkingen en art. 6:162 BW

Alvorens in de volgende laatste paragraaf van dit hoofdstuk over te gaan tot een evaluatie van het Nederlandse portretrecht, zal ik in deze voorlaatste paragraaf nog enige afsluitende opmerkingen maken en tevens de rol van art. 6:162 BW in het portretrecht behandelen. We moeten erop bedacht zijn dat art. 19 Aw van dwingend recht is en dat art. 20 en 21 Aw van aanvullend recht zijn. De toekenning van de bevoegdheden aan de geportretteerde ten aanzien van het in opdracht gemaakte portret als bepaald in art. 19 Aw is van dwingend recht en vormt dus altijd een onderdeel van de (aan te nemen) overeenkomst tussen de geportretteerde en de portrettist.⁹⁶ Van art. 20 en 21 Aw kunnen partijen wél afwijken. Als iemand bijv. voor zijn bruiloft een fotograaf inhuurt en er wordt afgesproken dat de fotograaf nadien een of meer foto's van het bruidspaar in zijn verdere beroepsuitoefening ten toon mag stellen, dan gaat die afspraak vóór en blijft art. 20 Aw met betrekking tot die foto's buiten beschouwing. En als een winnaar bij een prijsuitreiking door een journalist wordt gefotografeerd en de journalist is zo verstandig bij een interview achteraf toestemming te vragen om morgen een plaatje in de krant te mogen zetten, dan is een beroep van die winnaar nadien op een of ander redelijk belang ex art. 21 Aw niet meer mogelijk.⁹⁷ Ook als er geen toestemming is gevraagd door de journalist en de bewuste winnaar in een telefoongesprek de journalist juist zover heeft weten te krijgen dat deze heeft toegezegd géén foto te publiceren, ook in dergelijk geval komt, als publicatie toch plaatsvindt, art. 21 Aw pas aan bod als het de bewuste winnaar niet lukt te bewijzen dat overeengekomen was dat publicatie niet zou geschieden.⁹⁸ Kortom: art. 20 en 21 Aw komen pas aan de orde als er op de punten waarvoor zij een regeling verschaffen niets is overeengekomen.

Zoals hiervoor duidelijk is geworden richt het portretrecht zich slechts tegen het *openbaarmaken* van een portret.⁹⁹ Via art. 30 Aw kan eventueel ook opgetreden worden tegen verveelvoudiging.¹⁰⁰ Het portretrecht geeft echter niet de mogelijkheid om bijv. een portret in het bezit van een ander op te eisen en de portrettering zelf, bijv. de foto- of video-opname, kan *niet* via art. 21 Aw worden bestreden.¹⁰¹ Als deze portrettering zelf als onrechtmatige daad

94 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 344 onderaan; Gielen & Verkade 2005, p. 78; Pinckaers 1996, p. 177.

95 Pinckaers 1996, p. 176-177; vgl. ook Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000, p. 477.

96 Oppenoorth 1986, p. 85. Volgens Gielen & Verkade 2005, p. 50 is art. 19 Aw evenals art. 20 en 21 Aw van aanvullend recht; dit lijkt mij echter gezien de bewoordingen onwaarschijnlijk.

97 Dit kwam hierboven al aan de orde in 2.3 laatste alinea.

98 Zie noot 54 hierboven.

99 Vgl. Pinckaers 1996, p. 133-135.

100 Gielen & Verkade 2005, p. 53. Tegen de verveelvoudiging kan echter pas opgetreden worden via art. 30 jo. 28 Aw ná een openbaarmaking; blijkens art. 20 en 21 Aw kan er van het 'zonder daartoe gerechtigd te zijn' ex art. 30 Aw immers voordien nog geen sprake zijn; zie ook Pinckaers 1996, p. 137.

101 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 344 ad 4; Gielen & Verkade 2005, p. 53; Pinckaers 1996, p. 136-137.

bestempeld kan worden, hetgeen niet snel zal worden aangenomen, geeft art. 6:162 BW uitkomst. Art. 139f Sr en 441b Sr dienen in dit verband vermeld: kort gezegd stellen zij strafbaar het maken van een afbeelding van een persoon door middel van een verborgen camera in woningen en besloten ruimten (en het bezitten van een dergelijke afbeelding). Wordt er met succes via art. 6:162 BW opgetreden niet tegen de openbaarmaking van een portret maar tegen de portrettering zelf, dan kan er gesproken worden van een (het portretrecht) aanvullende werking van art. 6:162 BW en wel *qua beschermingsinhoud*.¹⁰²

Belangrijk is dat de uitdrukkelijke vermelding in art. 19-21 Aw van *alleen* de geportretteerde en diens in art. 25a Aw nader omschreven nabestaanden, meebrengt dat *andere* belanghebbenden zich niet op het portretrecht kunnen beroepen.¹⁰³ Zolang de geportretteerde leeft, kan alleen hij of zij zelf een beroep doen op art. 20 of 21 Aw. Na het overlijden van de geportretteerde kan alleen een nabestaande in de zin van art. 25 Aw zulks doen.¹⁰⁴ Alle andere derden komen niet in aanmerking voor een beroep op het portretrecht, ook al voelen zij zich nog zo geschaad door de portretpublicatie. Dit sluit echter niet uit dat de publicatie van andermans portret rechtstreeks onrechtmatig jegens bepaalde derden kan worden geacht, al zal het dan wel om zwaarwegende privacybelangen moeten gaan; de (eigen) vordering moet dan evenwel gebaseerd worden op art. 6:162 BW.¹⁰⁵ Hiermee zijn we bij een tweede aanvullende werking van art. 6:162 BW, namelijk die *wat betreft het subject*.¹⁰⁶ Gaat het om een *commercieel* portretrecht dan kan deze aanvullende werking voor de derde-belanghebbende echter volgens de rechtspraak niet worden aangenomen.¹⁰⁷

Van het portretrecht ex art. 19-21 Aw gaat geen negatieve reflexwerking uit: gedragingen die verband houden met een portret en niet via de regeling van art. 19-21 Aw kunnen worden tegengegaan zijn dáárom nog niet altijd rechtmatig of per se uitgesloten van toetsing aan art. 6:162 BW.¹⁰⁸ Art. 6:162 BW vormt in zijn verhouding tot het eigenlijke portretrecht een belangrijk vangnet. Twee aspecten van de aanvullende werking van dit artikel in dit verband zijn zojuist al aan bod gekomen, die qua beschermingsinhoud en die qua subject. Art. 6:162 BW vervult met betrekking tot het portretrecht echter ook nog een aanvullende rol *wat betreft het object*.¹⁰⁹ Datgene wat eigenlijk niet meer kan gelden als portret in de zin van art. 20 of 21 Aw, kan bescherming genieten via art. 6:162 BW. Het gaat hier om wat men *net-niet-portretten* noemt: 'portretten' die net buiten het wettelijk portretbegrip vallen als behandeld in 2.1 hierboven.¹¹⁰ Tot slot dient hier vermeld dat een aanvullende werking van art. 6:162 BW *qua*

102 Gielen & Verkade 2005, p. 53.

103 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 311 en 338-339; Pinckaers 1996, p. 163-164 en 168.

104 Een erfgenaam niet zijnde nabestaande in de zin van art. 25a Aw is dus ook uitgesloten.

105 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 348.

106 Gielen & Verkade 2005, p. 53 en 59.

107 HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701, m.nt. LWH, *Informatierecht/AMI* 1989, p. 70, *IER* 1989, nr. 21, p. 41, m.nt. Spoor, AA 1989, p. 675, m.nt. Cohen Jehoram (*Elvis Presley*); Van Vliet 1995, p. 255; Pinckaers 1996, p. 172-173; vgl. Van Engelen 1994, p. 322-324.

108 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 346-347.

109 Gielen & Verkade 2005, p. 53.

110 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 308 en 347-348; Van Engelen 1994, p. 211.

beschermingsomvang niet kan worden aangenomen, gezien de belangenafweging ex art. 21 Aw: deze kan aan de hand van art. 6:162 BW moeilijk anders uitpakken.¹¹¹

2.8 Evaluatie van het huidige Nederlandse portretrecht

Nu de hoofdlijnen van het Nederlandse portretrecht zijn geschetst, is het mogelijk dit portretrecht meer in zijn geheel te beschouwen, daarin een rode ontwikkelingsdraad te ontdekken en op basis daarvan de waarde van het huidige Nederlandse portretrecht te peilen. In de ontwikkeling van het Nederlandse portretrecht zijn tenminste een drietal ontwikkelingen te onderkennen; het resultaat van deze ontwikkelingen, los en in onderling verband bezien, kan moeilijk anders dan negatief bestempeld worden. In deze paragraaf zal ik de drie componenten van het bedoelde ontwikkelingsproces aanwijzen en behandelen. Op deze manier zal duidelijk worden waar de kern van het probleem ligt in het huidige Nederlands portretrecht: het Nederlandse portretrecht heeft op dit moment goeddeels zijn eigenlijke karakter verloren en is niet meer bij machte om een adequate functie te vervullen in onze samenleving; het bevindt zich bijgevolg in een precaire situatie welke onmiskenbaar om aandacht vraagt.

De eerste en op zich minst onschuldige ontwikkeling die vermeld moet worden is die van het portretbegrip. Dit begrip is in de loop van de tijd dusdanig opgerekt dat de band met hetgeen eigenlijk portret heet, de afbeelding van een menselijk gezicht, veel te zwak is geworden.¹¹² M.i. is in de jurisprudentie geen grond aanwezig om bijv. een foto van iemands hand met daaronder zijn of haar naam uit te sluiten van ‘portretrechtelijke bescherming’. Moet het portretrecht zich niet *concentreren* op het menselijk gezicht?¹¹³ Het gezicht is bij uitstek de drager van de menselijke identiteit en is het meest geschikt en als het ware bestemd om tot herkenning te leiden. Er moet van worden uitgegaan dat op dit moment de leer van de fysieke herkenbaarheid nog geldt.¹¹⁴ Hierdoor is gegarandeerd dat er althans sprake moet zijn van enig zichtbaar fysiek element vooraleer er gesproken mag worden van een portret. Als deze leer echter wordt verlaten, kan er niet meer worden gesproken van het ‘portretrecht’ ex art. 19-21 Aw. Een geheel afgebalkte bekende ruiter op zijn aan het publiek bekend beroemd paard, kan dan gelden als

111 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 347; Gielen & Verkade 2005, p. 53.

112 Zie 2.1 hierboven. Duidelijk is dat in de jurisprudentie bij de interpretatie van het begrip ‘portret’ noch een wetshistorische (zie de MvT in 2.1 hierboven) noch een grammaticale (in het algemeen spraakgebruik wordt onder ‘portret’ *met name* verstaan: afbeelding van iemands *gelaat*) interpretatiemethode is gehanteerd, maar een teleologische, waarbij echter duidelijk steeds meer het wezen van het portretrecht uit het oog is verloren.

113 Wichers Hoeth in zijn annotatie bij HR 30 oktober 1987 liet al blijken dat hij bij de vraag of iemand herkend kan worden, in het kader van de toepasselijkheid van art. 19-21 Aw, niet graag andere elementen een rol ziet spelen dan de afgebeelde gelaatstrekken. Aanleiding om ook andere elementen een rol te laten spelen zou alleen bestaan ingeval er in strikte zin geen sprake is van een portret omdat herkenbaarheid op grond van afgebeelde gelaatstrekken ontbreekt terwijl echter, zo art. 21 toepasselijk zou zijn, het redelijk belang uit dat artikel van ernstige aard zou zijn. Bij de bepaling van de grenzen van het portretbegrip wordt in dergelijk geval dus rekening gehouden met de afwegingsruimte welke voortvloeit uit het redelijk-belang-criterium ex art. 21 Aw. Dit lijkt mij niet slecht: op deze manier is enerzijds het portretrecht geconcentreerd op het menselijk gelaat en is anderzijds, indien een afbeelding van iemand een ernstige persoonlijkheidsschending oplevert, een beroep op het portretrecht niet uitgesloten enkel wegens het ontbreken van overeenstemmende gelaatstrekken.

114 Zie in 2.1 hierboven en noot 26 aldaar.

portret van die ruiter.¹¹⁵ Gesteld kan worden dat het portretrecht al sinds het *Breekijzer*-arrest is verworpen tot een soort identiteitsrecht; als echter de leer van de fysieke herkenbaarheid wordt verlaten is deze verworping een feit.¹¹⁶ De oprekking van het wettelijk portretbegrip is op dit moment gemaximaliseerd.

De tweede ontwikkeling in het Nederlands portretrecht die duidelijk naar voren komt, is die van de erkenning van het commerciële portretrecht ex art. 21 Aw. Ook deze ontwikkeling heeft tot gevolg gehad, echter veel meer dan de ontwikkeling genoemd in de vorige alinea, dat het portretrecht de afgelopen decennia steeds verder is uitgehold. Het *Schaep*-arrest is in deze een officiële stimulans geweest welke er nooit had mogen zijn.¹¹⁷ Het commerciële portretrecht heeft weliswaar *betrekking op* een ‘portret’ in de zin van art. 21 Aw, maar in feite heeft het niets te maken met het eigenlijke portretrecht. Het gaat hier om een vorm van *prestatiebescherming*, verleend onder het mom van portretrechtelijke bescherming; de open norm van art. 21 Aw fungeert hierbij als kapstok.¹¹⁸ Het portretrecht zoals dit in de voorgaande paragrafen is uiteengezet, is van origine en in wezen van persoonlijkheidsrechtelijke aard. Het biedt bescherming aan de individuele persoon tegen inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Het *bescherming bieden tegen* ongewenste publicatie, de mogelijkheid voor iemand om in een bepaald geval de openbaarmaking van een afbeelding van hem of haar tegen te gaan, is altijd ten eerste van belang geacht en vormt de kern van het portretrecht ex art. 19-21 Aw.

Dit blijkt uit het feit dat de portretrechtelijke wetsartikelen zoals hierboven uiteengezet in ons rechtsstelsel werden geïntroduceerd vóórdat het arrest *Lindenbaum/Cohen* was gewezen.¹¹⁹ Destijds was de ruime opvatting van ‘onrechtmatige daad’ nog niet aanvaard en werd ‘onrechtmatig’ in dit kader opgevat als ‘onwetmatig’. Mocht een portretpublicatie onrechtmatig worden geacht, dan was het niet mogelijk deze tegen te gaan door te stellen dat deze publicatie in strijd was met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit onrechtmatigheidscriterium is pas aanvaard met het arrest *Lindenbaum/Cohen* en nu neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW. De persoonlijke kwetsbaarheid en de onbehoorlijkheid mogelijk

115 Vgl. Van Vliet 1995, p. 254 tweede kolom.

116 In het *Breekijzer*-arrest (zie noot 20 hierboven) luidde het (r.o. 4.6.3): ‘... dat het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg behoef te staan dat sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken ...’. Deze uitspraak is te zien als het meest gevorderde stadium in het proces van geleidelijk (zie 2.1 hierboven) en dus ongemerkt afdrijven van de kern van het begrip *portret*. Door de algemene bewoordingen waarin de uitspraak is gesteld, is het hek (onnodig) van de dam gespoeld. De aanwezigheid van ook maar een gedeelte van het gelaat is niet meer vereist voor een beroep op het portretrecht, terwijl het portretrecht oorspronkelijk wat de kern betreft betrekking had op het gelaat van een persoon (zie 2.1 hierboven; vgl ook Hugenholtz in zijn noot onder het *Breekijzer*-arrest, *Informatierecht/AMI* 2003, p. 175; zie tevens Schuijt in zijn noot, *Mediaforum* 2003, p. 211). De Hoge Raad had m.i. beter als de in principe noodzakelijke voorwaarde voor een beroep op het portretrecht de zichtbaarheid van het gelaat of althans een gedeelte daarvan kunnen vereisen en vervolgens desgewenst - als het dan toch moest - een uitzondering op deze voorwaarde kunnen creëren.

117 Het *Schaep*-arrest is het eerste arrest waarin de Hoge Raad het commerciële portretrecht op grond van art. 21 Aw sanctioneerde, zie noot 51 hierboven.

118 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 315 (‘Het gaat hier dus om een - aan de open norm van het ‘redelijk belang’ van art. 21 Aw opgehangen - vorm van zgn. *prestatiebescherming*.’); Beunen 1997, p. 159-160 (‘... prestatiebescherming onder de paraplu van de auteurswet ...’); Quaadvlieg 1996a, p. 9 (‘Andere voorbeelden van “stiekeme” prestatiebescherming achter het masker van de Auteurswet zijn (...) en het commercieel portretrecht’); Quaadvlieg 1996b, p. 52; Huydecoper 1997, p. 34. Ofschoon de vlag *commercieel portretrecht* zoals nu blijkt de bijbehorende lading - een bepaalde vorm van prestatie- of populariteitsbescherming - niet dekt, is de benaming *commercieel portretrecht* toch als zodanig ingeburgerd en daarom laat ik het commerciële portretrecht hierna zijn naam behouden.

119 Namelijk in 1912. *Lindenbaum/Cohen*-arrest: HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161, m.nt. Molengraaff. Zie voor de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 19-21 Aw: Pinckaers 1996, p. 114-118 en Oppenoorth 1986, p. 86-87.

voortvloeit uit de publicatie van een portret werden echter blijkbaar dusdanig groot geacht, dat bescherming hiertegen (in tegenstelling tot ontelbare andere denkbare soorten van onrechtmatige daad) in ieder geval nodig werd geacht.¹²⁰ Tegen deze achtergrond moeten de portretrechtelijke wetsartikelen dan ook bezien worden.

De erkenning van het commerciële portretrecht op grond van het redelijk belang ex art. 21 Aw gaat echter lijnrecht in tegen de bestaansgrond en het wezen van deze portretrechtelijke artikelen. De onjuiste categorisering van het commerciële portretrecht onder het portretrecht ex art. 21 Aw kan op de duur niet zonder problemen blijven: een afbrokkeling van het *defensieve* karakter van het portretrecht¹²¹ en het daarmee verbonden *immaterieel* belang van de geportretteerde is niet alleen te verwachten, maar heeft reeds op grote schaal plaatsgevonden. Waar het ideële portretrecht *een middel tegen ongewenste portretpublicatie* biedt, daar biedt het commerciële portretrecht *een middel tot gewenste portretpublicatie* en tenslotte *een stimulans tot portretpublicatie*.¹²² Voor degene die zich beroept op zijn of haar commercieel portretrecht is de vergroting van de publiciteit van zijn of haar persoon door de portretpublicatie niet het eigenlijke probleem. Het probleem voor degene die zich beroept op het commerciële portretrecht is namelijk dat anderen profiteren van een aan zijn of haar persoon verbonden goodwill zonder dat hij of zij daarvoor een vergoeding ontvangt.

De derde negatieve ontwikkeling in het Nederlandse portretrecht is de steeds groter wordende rol die de vrijheid van meningsuiting is toegekend ten opzichte van het privacybelang. Ook voor deze ontwikkeling is een typerend arrest aanwijsbaar, namelijk het *Ferdi E.*-arrest.¹²³ Kon er vóórdat dit arrest werd gewezen nog vrij gedebatteerd worden over de vraag of een redelijk belang aan de kant van de geportretteerde al dan niet volstaat om een beroep op art. 21 Aw te honoreren, ná dit arrest is er in het Nederlands portretrecht voor dit debat geen plaats meer.¹²⁴ Volgens de Hoge Raad volstaat een redelijk belang, ook al is het nog zo redelijk, niet zonder meer: steeds moet er een afweging plaatsvinden tussen enerzijds het privacybelang van de geportretteerde en anderzijds het belang van de openbaarmaker (bijv. de media) en anderen om (beeld)informatie vrij te geven en te ontvangen. Aan de bestaansreden van het portretrecht (zie eerder in deze paragraaf) wordt op deze manier echter voorbijgegaan. Miskend wordt dat het redelijk belang ex art. 21 Aw intrinsiek een subjectief karakter heeft en in principe als subjectief belang moet worden geïnterpreteerd.¹²⁵

120 Vgl. Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R2.

121 Zie Oppenoorth 1993, p. 79.

122 Het portret is misschien aanvankelijk niet (bewust) gedacht als *middel ter exploitatie* van de daaraan verbonden goodwill. Vgl. de formulering van het belang van de commercieel geportretteerde in het *Schaep*-arrest (zie noot 51 hierboven): 'Het belang van de geportretteerden om dan in de voordelen van zulke exploitatie mee te kunnen delen door de openbaarmaking van hun portretten voor commerciële doeleinden *niet te hoeven toelaten* (cursivering: CDMMS) zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, is een redelijk belang in de zin van art. 21.' Deze mogelijkheid tot tegengaan van ongewenste portretpublicatie betekent echter voor de praktijk een mogelijkheid om gewenste portretpublicatie te sturen en zelfs om door portretpublicatie een commercieel portretrecht 'op te waarderen'.

123 Zie noot 48 hierboven.

124 Vgl. hierboven, 2.3 tweede alinea. Voor 'de twee lezingen' van art. 21 Aw en de daarmee verband houdende verschillende zienswijzen zie met name Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 316-318; Oppenoorth 1994, p. 58; Stevens 2003, p. 46.

125 De Hoge Raad vat het redelijk belang echter op in een zekere objectieve zin, zie Oppenoorth 1993, p. 80. Dat het redelijk belang ex art. 21 Aw in principe als *subjectief* belang moet worden uitgelegd (wel steeds met de nodige objectivering om

De tendens in de rechtspraak tot reductie van het privacybelang van de geportretteerde en de sanctionering hiervan door het *Ferdi E.*-arrest is des te opmerkelijker gezien de sterk toegenomen macht van de media de vorige eeuw.¹²⁶ Hier wil ik aanknopen bij de conclusie van een onderzoek dat Stevens in 2003 heeft afgesloten en waaruit blijkt dat de macht van de media (danig) ingeperkt moet worden om privacyschendingen tegen te gaan en (vooral) te voorkomen.¹²⁷ Als het portretrecht zijn identiteit zou hebben behouden, zou het de geportretteerde als de zwakkere partij te hulp zijn gekomen tegen o.a. de media als de sterkere partij. Het tegendeel is echter geschied. Ofschoon de bescherming bij het niet in opdracht gemaakte portret sowieso al relatief was wegens het redelijk-belang-criterium, is deze bescherming nu uitgehold en in veel gevallen tot nihil gereduceerd ten voordele van de portretgebruiker.¹²⁸ Het huidige Nederlandse portretrecht werkt het afschaffen van elke zelfcensuur m.b.t. portretpublicatie ten zeerste in de hand.

Alvorens deze paragraaf te beëindigen wil ik, aanknappend bij de derde laatstgenoemde ontwikkeling in het portretrecht, nog kort opmerken dat er een feitelijke ontwikkeling in de samenleving aanwijsbaar is, die reeds vermeld werd in de inleiding¹²⁹ en waar het huidige Nederlandse portretrecht niet goed op aansluit. Zoals vermeld in 2.7 hierboven richt het portretrecht zich slechts tegen het openbaar maken van een portret en niet tegen de portrettering zelf. Ook kan in het algemeen niet een voorafgaand dus zinvol verbod tot portretpublicatie worden verkregen wegens het censuurverbod ex art. 7 Gw.¹³⁰ Gezien de immense toename van het aantal (eenvoudige) mogelijkheden tot zowel vastlegging als verveelvoudiging als publicatie van een portret én gezien de toegenomen en nog altijd sterk toenemende macht van de vrijheid van meningsuiting (zie vorige alinea), kan gesteld worden dat het in onze samenleving tot de (specifieke) taak behoort van het portretrecht voorzieningen te verschaffen welke ook de portrettering zelf binnen bepaalde perken houdt.¹³¹ Het ontbreken hiervan is een gemis.¹³² Van

misbruik van het portretrecht te voorkomen), blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het goed mogelijk is dat een portret van iemand in een bepaalde context die persoon totaal niet krenkt (en zelfs vereert in eigen ogen) terwijl een in diezelfde context geplaatst op zich gelijkwaardig portret van een ander deze zwaar krenkt in zijn persoon.

Een portret van iemand, dat is tot op zekere hoogte die persoon zelf (vgl. Gerbrandy 1988, p. 275). Het die bepaalde persoon daarom zelf een zekere *eigen* zeggenschap bieden m.b.t. zijn of haar portret, dat is nu juist de functie van het portretrecht. Het is de functie van het portretrecht om bescherming te bieden aan iemands persoon voor zover deze persoon zich manifesteert in een portret. Zie voorts Gerbrandy 1988, p. 279 onderaan en p. 280 bovenaan, waar ook opgemerkt wordt dat de wetstekst geen ruimte laat voor een verdere belangenafweging als er eenmaal sprake is van een redelijk belang en waar aangetoond wordt dat de wetgever, indien hij afweging geboden acht, dat uitdrukkelijk zegt.

126 En lijkt zelf een gevolg te zijn geweest van de groeiende macht van de media: *de rechtspraak in de macht van de media*.

127 De puinhopen van pers. Pleidooi voor revitalisering van privacy-bescherming inzake reality-TV in ruime zin (scriptie Utrecht), p. 118-119.

128 Ook Van Vliet is bezorgd voor een toenemend aantal privacyschendingen door de media, Van Vliet 1995, p. 253 en 259-260.

129 Zie 1.2 eerste en tweede alinea.

130 Voor de portretrechtelijke handhavingsmogelijkheden zie 2.6 laatste alinea; de portrettering zelf is dus niet via het portretrecht aanvechtbaar en bij dreigende publicatie van het portret kan de rechter zich meestal nog niet uitspreken wegens het censuurverbod.

131 Het vangnet van art. 6:162, waarop een beroep in het algemeen niet gemakkelijk wordt gehonoreerd, volstaat dus niet, evenmin als de strafrechtelijke bepalingen die op een portret betrekking hebben (zie 2.7 tweede alinea). Nogmaals (zie noot 125 hierboven): een portret van iemand is in zeker opzicht die persoon zelf. Het ongevraagd of ongewenst portretteren van iemand kan dan ook *buitengewoon* kwetsend zijn voor die persoon en opgevat worden als een diefstal van een stukje persoonlijkheid van die betreffende persoon.

132 Het portretrecht dient ter bescherming van hoogstpersoonlijke belangen waarvoor uit de aard geldt: voorkomen is beter dan genezen. Dit geldt te meer als de genezing niet gegarandeerd wordt; zie over de twijfelachtige effectiviteit van privaatrechtelijke remedies in het algemeen: Van Boom 2007, p. 982-991.

het Nederlands portretrecht mag sowieso, maar zeker in de huidige tijdsomstandigheden, meer verwacht worden dan alleen een eventuele pleister op de wond te zijn.

Dit hoofdstuk, waarin ik het Nederlandse portretrecht in beeld bracht,¹³³ moet worden afgerond met de constatering dat dat portretrecht zich momenteel op een dood spoor bevindt. Volgens Oppenoorth is ‘de bel geluid voor de laatste ronde van art. 21 Auteurswet’.¹³⁴ Bij deze uitspraak sluit ik mij aan. Het portretrecht beschermt in wezen een *persoonlijkheidsbelang* van de *geportretteerde*. De miskenning hiervan heeft geleid en leidt tot allerlei portretrechtelijke misvattingen. Zo wordt het portretrecht tegenwoordig gebruikt ter exploitatie van een aan een portret verbonden goodwill; het typisch persoonlijkheidrechtelijke defensieve element van het portretrecht wordt hierdoor verdrongen. Verder is het redelijk belang ex art. 21 Aw in de loop van de tijd ten zeerste gerelativeerd ten voordele van de vrijheid van meningsuiting en in dat kader ontdaan van zijn typisch subjectief karakter. Verder werd duidelijk dat er een voortdurende oprekking valt te bespeuren van het begrip ‘portret’, waardoor het portretrecht een soort identiteitsrecht dreigt te worden en het typisch portretrechtelijk persoonlijkheidsbelang bijgevolg verwatert. De geschetste ontwikkelingen hebben een dusdanige uitholling van het Nederlandse portretrecht teweeggebracht, dat men zich moet afvragen of er nog perspectief in zit.

133 Duidelijk zij dat ik mij in dit hoofdstuk niet uitgelaten heb over de portretrechtelijke artikelen op zich: of deze op zich al dan niet goed hun functie konden en kunnen vervullen. Uitgegaan is van de portretrechtelijke wetsartikelen zoals deze in de Auteurswet 1912 staan en alleen de (verdere) ontwikkeling hiervan is nagegaan.

134 Oppenoorth 1994, p. 59. Ik wil niet nalaten op te merken dat het zeer waarschijnlijk is dat de genoemde negatieve ontwikkelingen met elkaar verband houden en elkaar in de hand hebben gewerkt. Ik denk bijv. dat de verbreding van het portretbegrip zeker heeft bijgedragen aan de opkomst van het commerciële portretrecht (en andersom). Het commerciële portretrecht heeft betrekking op de bescherming van een prestatie verbonden aan een bepaalde identiteit. Als het portretrecht zich dus heeft verbreed richting een soort identiteitsrecht, dan heeft het commerciële portretrecht daarmee ruimer baan gekregen. Zie ook Van Engelen 1994, p. 211-212. Ook is duidelijk dat de steeds toegenomen waarde die is toegekend aan de uitingsvrijheid de komst van het commerciële portretrecht sterk in de hand heeft gewerkt (en andersom). Het commerciële portretrecht ‘leeft’ immers van portretpublicatie. De uitbreiding van de media (die in dienst van het geld staan) en van de mogelijkheden om er gebruik en misbruik van te maken, in combinatie met de vergrote uitingsvrijheid, heeft uitgelokt tot het slaan van portretrechtelijke slaatjes.

3 Wijzigingsvoorstellen m.b.t. het Nederlandse portretrecht

3.1 De Commissie Portretrecht: een portretwet

Na in het vorige hoofdstuk de huidige regeling van het portretrecht in ons land te hebben uiteengezet, zal ik in dit hoofdstuk drie initiatieven tot (bij)sturing van het Nederlands portretrecht de revue laten passeren. Bij elk van deze drie initiatieven zal ik nagaan of daarmee een oplossing wordt geboden voor de problemen die zijn aangeduid in de laatste paragraaf van het vorige hoofdstuk en of er op deze manier nieuw perspectief wordt aangebracht in het Nederlandse portretrecht. Ik begin met het initiatief van de ‘Commissie Portretrecht’. In 1996 liet deze commissie een preadvies verschijnen, getiteld *Contouren van een portretwet*.¹³⁵ De Commissie Portretrecht is in 1994 door de Vereniging voor Media- en Communicatierecht in het leven geroepen en ook samengesteld uit leden van die vereniging. Haar taak was het onderzoek te doen naar en advies uit brengen over de wenselijkheid van een afzonderlijke wettelijke regeling van het portretrecht. Na een vijftiental vergaderingen verscheen het genoemde preadvies. Het rapport is als volgt opgebouwd. Eerst wordt een korte inleiding gegeven waarin het geldend portretrecht wordt uiteengezet. Dan worden de verschillende facetten van dat portretrecht stuk voor stuk nader onder de loep genomen. Waar de Commissie dat nodig of wenselijk acht, wordt een wijziging voorgesteld. Het rapport wordt afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste conclusies. Het preadvies van de Commissie Portretrecht komt hoofdzakelijk neer op een pleidooi om het commerciële portretrecht ex art. 21 Aw door middel van een afzonderlijke wettelijke regeling het karakter te geven van een subjectief absoluut recht. De Commissie heeft er (bewust) geen oordeel over uitgesproken of de voorgestelde portretwet een zelfstandige wet zou moeten worden, dan wel zou moeten worden ingepast in reeds bestaande wetgeving, zoals bijv. het Burgerlijk Wetboek. In de nieuwe portretrechtelijke regeling moet naar het oordeel van de Commissie in ieder geval plaats geboden worden aan zowel het ideële als het commerciële portretrecht.¹³⁶

Het portretbegrip voor de toekomstige portretwet definieert de Commissie als volgt: ‘Afbeelding van een persoon of van een gedeelte van een persoon, die tengevolge van overeenstemming of herkenbaarheid van fysieke aspecten, de indruk wekt een afbeelding van een bepaalde persoon te zijn’. Volgens de Commissie wil deze definitie geen weergave zijn van het geldend recht en is het nieuwe portretbegrip (iets) ruimer dan het bestaande portretbegrip zoals ontwikkeld in de jurisprudentie.¹³⁷ Wat betreft de huidige artikelen 19 en 20 Aw is de Commissie

¹³⁵ Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996. Op dit rapport is deze paragraaf gebaseerd. Voor een puntsgewijs overzicht van het advies van de Commissie zij verwezen naar p. R10-R11 van het rapport.

¹³⁶ Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R10.

¹³⁷ Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R3.

kort van stof. Beide artikelen kunnen zonder meer geschrapt worden omdat ze in haar ogen overbodig zijn. In de nieuwe portretwet moet niets geregeld worden met betrekking tot het portret-in-opdracht: mocht er behoefte zijn aan een regeling voor de geportretteerde dan biedt het contract de oplossing.

Het ideële portretrecht ex art. 21 Aw, zoals dat zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld, functioneert naar het oordeel van de Commissie naar behoren.¹³⁸ Wat betreft de commerciële kant van het portretrecht ex art. 21 Aw wil de Commissie echter een nieuw subjectief recht. Het ideële portretrecht en het commerciële portretrecht moeten in de portretwet naast elkaar bestaan: dat wil zeggen dat volgens de Commissie de twee takken van het portretrecht elkaar zullen moeten aanvullen en beperken. De wijzigingen van het commerciële portretrecht maken dus ook enige, echter niet wezenlijke, veranderingen noodzakelijk voor het ideële portretrecht.¹³⁹ Zo moet art. 21 Aw naar de nieuwe portretwet worden overgeplant. Overdracht van het ideële portretrecht blijft overigens ook in de nieuwe regeling onmogelijk.

De commerciële kant van het portretrecht ex art. 21 Aw behoeft naar het oordeel van de Commissie grondige verandering. De commerciële aanspraken van geportretteerden ex art. 21 Aw zijn momenteel niet vatbaar voor overdracht noch voor vererving.¹⁴⁰ Omdat genoemde aanspraken niet zijn uitgewerkt in een subjectief absoluut recht dat overdraagbaar en vererfbaar is, wordt volgens de Commissie een optimale commerciële exploitatie van portretten ernstig bemoeilijkt.¹⁴¹ Dit acht zij niet wenselijk ‘gezien het snel groeiend economisch belang van de exploitatie van portretten’. Daarom pleit zij ervoor het commerciële portretrecht om te dopen tot een volwaardig vermogensrecht, waarover de geportretteerde als ‘eigenaar’ kan beschikken.¹⁴² Met de nieuwe portretwet zou het commerciële portretrecht het karakter moeten krijgen van een volwaardig - doch qua omvang beperkt¹⁴³ - subjectief recht, dat overdraagbaar en vererfbaar is. Hierdoor zal volgens de Commissie zowel de positie van de exploitant als die van de geportretteerde aanzienlijk worden verbeterd. De exploitant krijgt namelijk een meer zelfstandige en een sterkere positie en kan daardoor het portretrecht maximaal rendabel maken; hierdoor neemt echter tegelijk de handelswaarde van het portretrecht toe ten voordele van de geportretteerde. Ook zou de nieuwe mogelijkheid van overdracht en vererving de rechtszekerheid van alle bij de exploitatie betrokken partijen in hoge mate ten goede komen. Overigens komt naar het oordeel van de Commissie in beginsel *iedere* geportretteerde in aanmerking voor het commerciële portretrecht.

138 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R4.

139 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R4.

140 Vgl. hierboven in 2.7 derde alinea. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 321 en 338: “(...) lijkt niettemin art. 21 Aw zich te verzetten tegen overdraagbaarheid en erfopvolging. De wet erkent immers slechts ‘een redelijk belang van de geportretteerde, of, na zijn overlijden, van een zijner nabestaanden’. Een rechtverkrijgende krachtens overdracht valt zelf niet in deze termen. (...) *Rechtverkrijgende krachtens ‘overdracht’ en erfgenamen* (cursivering geciteerde tekst) hebben ex art. 21 Aw dus als zodanig geen portretrechten om te exploiteren.” Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *NJ* 1991, 281, *AMI* 1991, p. 48, m.nt. DWFV, *BIE* 1991, nr. 91, p. 332, *IER* 1990, nr. 60, p. 129 (*Van Uden/Verkerke*).

141 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R6.

142 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R6.

143 Het commerciële portretrecht zou de geportretteerde slechts moeten beschermen tegen ongeoorloofde exploitatie voor handelsdoeleinden.

De toekomstige portretwet moet dus ‘voorzien in een *dualistisch* portretrecht, bestaande uit een niet-overdraagbare ideële component en een overdraagbare commerciële component (cursivering geciteerde tekst).’¹⁴⁴ De Commissie erkent ‘dat aan de overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht voor de geportretteerde zekere morele risico’s verbonden zijn.’¹⁴⁵ Hiervoor grijpt de Commissie echter terug op de ideële component van het portretrecht. Zij denkt hierbij aan een analogie met het auteursrechtelijke persoonlijkheidsrecht dat de auteur van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst ook ná de overdracht van zijn exploitatierechten blijft toekomen.¹⁴⁶ De geportretteerde zou in ieder geval ‘het recht moeten behouden zich te verzetten tegen commercieel gebruik van zijn portret dat nadeel toebrengt aan de eer of de naam van de geportretteerde, tenzij zodanig nadeel door partijen bij de overdracht voorzien was.’¹⁴⁷ In de ogen van de Commissie biedt het ideële portretrecht ex art. 21 Aw op dit punt uitkomst. Tot slot zij opgemerkt dat de Commissie van mening is dat het portretrecht - en dus ook de overdracht daarvan - beperkt dient te blijven tot een specifieke afbeelding, tot een *bepaald* portret en dat zij dus overdracht van rechten op het uiterlijk van een persoon uit wil sluiten.

3.2 Evaluatie van de contouren van de portretwet

Op het eerste gezicht is al duidelijk dat het voorstel van de Commissie Portretrecht de problemen zoals aangeduid in 2.8. hierboven niet onderkent en bijgevolg niet oplost. In plaats van een poging om de genoemde (negatieve) ontwikkelingen in het portretrecht gedurende de afgelopen decennia te kenteren, lijkt er eerder sprake van een poging tot naadloze aansluiting bij en een vooruitlopen op die ontwikkelingen. Dat in de loop van de tijd het portretrecht steeds verder is uitgehold ten bate van de commercie en dat het privacybelang van de geportretteerde is ondergewaardeerd ten opzichte van het belang van o.a. de media, deze ontwikkelingen worden blijkbaar niet door de Commissie Portretrecht gezien als bedreigend voor het portretrecht, ofschoon het daardoor praktisch geen betekenis meer heeft. Wie het rapport van de Commissie leest, krijgt de indruk dat het recht de feiten dient te volgen, sterker nog: de loop ervan dient te bevorderen. Het kan slechts tot de taak van het recht behoren een wettelijk kader te verschaffen voor en te anticiperen op een toekomstig maatschappelijk proces, *indien dit proces wenselijk is*.¹⁴⁸ Dat het ontwikkelingsproces in het portretrecht de afgelopen eeuw gunstig is wordt door de Commissie Portretrecht echter geenszins aangetoond. Integendeel: door te laten weten dat zij

144 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R10.

145 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R7.

146 Zie art. 25 Aw.

147 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R9.

148 Als het maatschappelijk proces niet correct is moet de normatieve functie van het recht de kast in en moet de instrumentele functie van het recht zich laten gelden, anders ontstaat er scheef recht (term ontleend aan Drion 2007, p. 1889). Over de verschillende functies van het recht zie Schwitters 2000, p. 36 en 40-44.

terugschrikt voor de uiterste consequenties van de ratio achter de door haar voorgestane regeling, geeft zij zelf aan dat er iets mis is met de richting waarin het portretrecht zich heeft ontwikkeld.¹⁴⁹

De kern van het voorstel betreft (uiteraard) art. 21 Aw. Vooraleer dieper op die kern in te gaan, behandel ik hier eerst het voorgestane portretbegrip en de visie van de Commissie op art. 19 en 20 Aw. De definitie van een portret die de Commissie geeft, was ten tijde van de uitgave van het rapport inderdaad iets ruimer dan de toentertijd in de rechtspraak gehanteerde definitie. Met het *Breekijzer*-arrest is echter inmiddels officieel de eis verlaten dat sprake moet zijn van althans een gedeelte van het menselijk gezicht om te kunnen spreken van een portret en is zelfs de indruk gewekt dat de leer van de fysieke herkenbaarheid volledig is verlaten, zodat de voorsprong van de Commissie inmiddels is achterhaald.¹⁵⁰ Onduidelijk is echter waarom de Commissie die voorsprong heeft genomen en haar definitie zich niet concentreert op het menselijk gezicht.¹⁵¹ In dit verband zegt zij het volgende: “De definitie is niet beperkt tot een afbeelding van het *gelaat* (cursivering geciteerde tekst) of een gedeelte daarvan. Een afbeelding van een gelaat levert niet per se ernstiger schade op aan ideële of commerciële belangen van de betrokken persoon dan de afbeelding van andere fysieke aspecten waardoor een persoon herkenbaar is.”

Dat een afbeelding van een gelaat niet *per se* ernstiger schade oplevert, waag ik te betwijfelen en dat zij dat doorgaans wél doet, blijkt uit het onmiddellijke vervolg: “Het gelaat geniet overigens uit zijn aard extra bescherming. Bij afbeelding daarvan zal immers sneller sprake zijn van aantasting van deze belangen. Indien het gelaat als zodanig niet in beeld is, zal minder snel van portretrecht-inbreuk sprake kunnen zijn.”¹⁵² M.i. bedoelt de Commissie hier dat een redelijk belang ex art. 21 Aw sneller zal worden aangenomen als er sprake is van een afbeelding van een (gedeelte van een) *gelaat* en dat er dus op deze wijze toch een accent ligt op het gelaat. Is dit echter niet de omgekeerde weg? Mocht het redelijk belang ex art. 21 Aw zo dit artikel van toepassing zou zijn (maar het in principe niet is omdat slechts gelaatsafbeeldingen onder het portretbegrip vallen) van *ernstige aard* zijn, dan zou het om die reden (alsnog) voor die gevallen kunnen worden toegepast op andere afbeeldingen van een (gedeelte van een) persoon dan gelaatsafbeeldingen.¹⁵³ Door het portretbegrip niet te concentreren op het menselijk gezicht, zet de Commissie de deur ongemerkt open voor een algemeen persoonlijkheidsrecht, een ‘right of publicity’.¹⁵⁴ Dit wil zij echter bewust niet creëren.¹⁵⁵ Blijkbaar speelt hier onbewust het besef dat er met de introductie van een ‘right of publicity’ van het eigenlijke portretrecht niet veel meer overblijft.¹⁵⁶ Tevens is onduidelijk waarom de Commissie wél uitdrukkelijk wil voorkomen dat

149 Zie noot 158 en 180 hierna.

150 Zie in 2.1 hierboven en met name noot 20 en 26 aldaar.

151 Een foto van een voet met een moedervlek erop kan bijv. onder haar portretbegrip vallen, Pinckaers 1997, p. 49.

152 De in deze en de vorige alinea geciteerde tekst is te vinden op p. R3 van het rapport.

153 Vgl. noot 113 hierboven. De uitzondering kan dus de regel bevestigen maar niet zelf regel worden.

154 Zoals door Pinckaers wordt voorgestaan, zie hierna in 3.3.

155 Omdat dit naar haar zeggen niet in haar taakopdracht lag, zie p. R3 van het rapport.

156 Vgl. 3.4 hierna.

de band tussen afbeelding en portretrecht wordt doorgesneden¹⁵⁷ terwijl zij niet wil voorkomen dat de band tussen (afbeelding van) menselijk gezicht en portretrecht wordt doorsneden. Ook hierdoor lijkt zij te suggereren dat het portretrecht wel uitgehold mag worden, maar slechts tot op bepaalde hoogte.¹⁵⁸

Om te eindigen over het portretbegrip van de Commissie nog een aanmerking en een opmerking daaromtrent. Merkwaardig is het woord ‘overeenstemming’ in de definitie. Hiervoor wordt naderhand geen verklaring gegeven¹⁵⁹ en ook hierin zie ik niets anders dan een min of meer onwillekeurige vervaging van een portretbegrip dat zich concentreert op de afbeelding van het gezicht als *herkenningsbeeld* bij uitstek. Verder wordt nog vermeld dat met het nieuwe portretbegrip ook verzet tegen afbeeldingen van look-alikes mogelijk wordt.¹⁶⁰ Met het huidige portretbegrip is dit echter net zo goed mogelijk, als degene die zich beroept op het portretrecht maar kan worden herkend in de afbeelding.¹⁶¹ Weliswaar is feitelijk omstreden of een look-alike onder het huidige portretbegrip valt en honoreert de rechter ingeval er sprake is van een look-alike inderdaad niet zomaar een beroep op het portretrecht. Op dit punt verwijst de Commissie terecht naar het *Millecam*-arrest¹⁶²; naar mijn mening heeft in deze beslissing echter het feit meegespeeld dat de rechter het aannemelijk achtte dat er geen sprake was van een bewuste link met degene die zich beriep op het portretrecht en dat er dus sprake was van louter toeval.¹⁶³ Overigens bestaat het gevaar voor het opzettelijk gebruik van look-alike-portretten met een begeleidend verbergen van de opzet voornamelijk in de commerciële wereld: dat het portret van een look-alike steeds onder het portretbegrip valt is dus zeker positief voor het commerciële portretrecht maar van minder belang voor het ideële portretrecht.¹⁶⁴

De artikelen 19 en 20 Aw betreffende het in opdracht vervaardigde portret kunnen volgens het voorstel van de Commissie Portretrecht in de prullenmand. Hiertegen protesteer ik. De

157 Zie p. R3 van het rapport: het portretrecht moet gekoppeld zijn aan één specifieke afbeelding van de persoon. Inderdaad is het woord ‘bepaalde’ in de portretdefinitie van de Commissie nogal belangrijk: als dit woord wordt weggelaten verliest de definitie eenvoudigweg haar inhoud.

158 Typisch is dat precies omdat de Commissie de band tussen een *bepaalde* afbeelding en het portretrecht niet wil doorsnijden, het later door haar voorgestelde subjectieve commerciële portretrecht een min of meer dode mus wordt, zie Verkade 1996, p. 125 en Pinckaers 1997, p. 49 en 50. Vgl. ook hetgeen staat op p. R8 van het rapport: ‘De commissie heeft zich uitvoerig gebogen over de vraag of ook de overdracht van het commerciële portretrecht *op alle mogelijke portretten* van een persoon (dat wil zeggen: op iedere visuele weergave van zijn/haar *fysionomie*) mogelijk zou moeten zijn (cursivering geciteerde tekst). De commissie schrikt hiervoor terug.’ Het antwoord op mijn vraag *waarom* zij in hemelsnaam daarvoor terugschrikt volgt (gelukkig) onmiddellijk: ‘De fysionomie is naar het oordeel van de commissie te nauw met de persoon verweven om als voorwerp van een overdraagbaar recht te dienen.’

159 Integendeel: hetgeen daarna gezegd wordt is een pleidooi om dat woord uit de definitie te verwijderen. Gezegd wordt namelijk dat de enkele *associatie* van een afbeelding met een bepaalde persoon niet genoeg is om te kunnen spreken van een portret en dat het gaat om de herkenbaarheid, de mogelijkheid tot identificatie van de persoon (p. R3 van het rapport). Duidelijk wordt hier dus een lijn getrokken tussen enerzijds het portretrecht waarvoor het *herkenbaarheids criterium* kenmerkend is en anderzijds het merkenrecht waarvoor het *associatiecriterium* kenmerkend is. De neiging in rechtspraak (zie het in noot 20 hierboven vermelde *Breekijzer*-arrest) en literatuur om ook in het portretrecht een bepaald associatiecriterium te introduceren is onmiskenbaar het gevolg van de opkomst van het commerciële portretrecht en geeft mij reden te meer om te pleiten voor de overname door het merkenrecht van de functie welke nu het commerciële portretrecht vervult (zie hierna in deze paragraaf).

160 P. R3 van het rapport.

161 Zie in 2.1 hierboven.

162 *Millecam*-arrest: zie noot 27 hierboven.

163 Vgl. Beunen 1997, p. 213-214. Vgl. ook het in noot 20 hierboven vermelde *Gouden Gids*-arrest en zie noot 30 hierboven.

164 Wellicht heeft het feit dat *Millecam* een ideëel belang aanvoerde en geen commercieel belang ook bijgedragen aan de beslissing in de *Millecam*-zaak. De later in deze paragraaf door mij voorgestane overname van de functie van het commerciële portretrecht lost het look-alike-probleem voor het commerciële portretrecht sowieso op (vgl. noot 159 hierboven). De look-alike-problematiek zoals in 2.1, noot 30 hierboven aan de orde gesteld is wat betreft het ideële portretrecht m.i. op dit moment goed oplosbaar (in de rechtspraak) d.m.v. de afwegingsruimte welke voortvloeit uit het redelijk-belang-criterium ex art. 21 Aw.

artikelen 19 en 20 Aw geven (in tegenstelling tot art. 21 Aw) m.i. een prima regeling. Ik zie geen enkele aanleiding tot het schrappen ervan en meen dat zij (ook juist in de huidige samenleving) uitstekend functioneert. De Commissie besteedt er slechts twee korte alinea's aan en wat zij daarin aanvoert kan zo van de tafel worden geveegd. Op dit punt sluit ik mij aan bij hetgeen Verkade hierover heeft ingebracht.¹⁶⁵ Hij zegt, de Commissie weersprekend, dat het maken van portretten in opdracht (nog altijd) een beduidend fenomeen is en hij vermoedt dat het ontbreken van veel jurisprudentie en vakliteratuur met betrekking tot de regeling van art. 19-20 Aw juist een gevolg is van het feit dat deze regeling redelijk goed in elkaar zit. Het argument van de Commissie dat de Auteurswet de opdracht-verhouding in het algemeen niet regelt snijdt volgens hem (en mij) ook geen hout: de Aw zou dit juist wél moeten doen en *gelukkig* is dit destijds gebeurd voor het portretrecht. Dan is er nog het argument van de Commissie dat met betrekking tot portretten-in-opdracht de contractsvrijheid moet prevaleren. Art. 20 Aw laat deze echter juist prevaleren en verschaft juist een regeling voor het geval dat partijen er níet aan denken iets overeen te komen wat betreft publicatie door de portrettist of derden.¹⁶⁶ Dit is blijkbaar niet doorgedrongen tot de Commissie en wat er moet gebeuren als partijen niets zijn overeengekomen omtrent publicatie laat zij gewoon in het midden.¹⁶⁷

De Commissie Portretrecht geeft aan dat zij van oordeel is dat het huidige art. 21 Aw met betrekking tot de persoonlijkheidsbelangen van de geportretteerde naar tevredenheid functioneert.¹⁶⁸ Zoals ik echter liet zien in 2.8 hierboven is de positie van de geportretteerde welke zich wil beroepen op het ideële portretrecht de afgelopen eeuw enorm afgezwakt en wordt het hoog tijd voor een versterking daarvan. Dat het portretrecht in wezen van persoonlijkheidsrechtelijke aard is, lijkt niet tot de Commissie door te dringen en dat het portretrecht precies op dat punt steeds verder is en wordt ontkracht, lijkt haar koud te laten.¹⁶⁹ De

¹⁶⁵ Verkade 1996, onder het kopje 'In opdracht gemaakte portretten'.

¹⁶⁶ Zie 2.7 eerste alinea.

¹⁶⁷ Zoals ik beweerde in 2.7 eerste alinea is art. 19 Aw wél van dwingend recht en hier zou het argument van de Commissie dat het beter is de contractsvrijheid te laten prevaleren dus wél hout kunnen snijden. Dat het in verband met art. 19 Aw beter is om de contractsvrijheid te laten prevaleren wordt echter volstrekt niet onderbouwd en m.i. is een dergelijke onderbouwing ook moeilijk te vinden. Is het bijv. niet redelijk dat iemand zijn of haar pasfoto of trouwfoto zonder meer mag kopiëren en in familie- en vriendenkring verspreiden? Volgens de Commissie zou in een dergelijk geval de fotograaf de mogelijkheid moeten hebben om met de klant overeen te komen dat hij/zij iets dergelijks niet mag doen, tenminste zonder meer (en wat de positie van de klant is als er op dit punt gewoon niets wordt overeengekomen laat de Commissie in het midden). Als de fotograaf die mogelijkheid zou moeten hebben, dan vraag ik mij af waarom art. 19 bestaat *zoals* het bestaat. De gehele portretrechtelijke regeling is namelijk gebaseerd op het gegeven dat het werk van de portrettist *de geportretteerde* betreft en dat juist dáárom de geportretteerde een zekere *zelfstandige* en eventueel privative zeggenschap over het portret toekomt; wat volgens de wetgever de grenzen zouden moeten zijn van deze zeggenschap is te zien in art. 19-21 Aw. Als de Commissie art. 19 wil schrappen, moet zij aangeven waarom de wetgever in dat artikel de grenzen van de zeggenschap door de geportretteerde over zijn of haar portret niet juist heeft getrokken.

¹⁶⁸ P. R4 van het rapport. De gegevens waarop dit oordeel berust ontbreken volledig. Misschien wil de Commissie zeggen dat er in de samenleving op dit punt geen roep om verbetering waarneembaar is. Afgezien van het feit dat een dergelijke roep wel degelijk waarneembaar is voor degene die deze wil waarmaken (zie bijv. Stevens 2003, p. 118-119), moet de vraag worden gesteld of een dergelijke roep in onze samenleving wel waarneembaar *kan* zijn. Zoals duidelijk werd in 2.8 hierboven zijn de media en de commercie de bedreigende machten tegenover de positie van 'de ideël geportretteerde'. Als 'de ideël geportretteerde' zijn positie wil verbeteren staat hij echter tegenover precies dezelfde machten en dus, zonder kanaal, als een roepende in de woestijn. De media zullen zich niet in de vingers snijden en daarbij is in een intercommunicatieve samenleving uitingenvrijheid gewoon in de mode en privacybescherming niet. De sterke commercialisering van de maatschappij werkt in het voordeel van het commerciële portretrecht en dus in nadeel van het ideële portretrecht (waar het commerciële portretrecht op parasiteert). Bovendien zijn 'de commercieel geportretteerden' (populaire personen, beroepssporters enz.) over het algemeen geldelijk meer vermogend dan 'de ideël geportretteerden' en maken in tegenstelling tot hen juist graag gebruik van de media. Kortom: de positie van 'de ideël geportretteerde' zit in een *negatieve spiraal*.

¹⁶⁹ Sterker nog: zij lijkt bevreesd voor een zekere zelfcensuur bij de media, zie p. R5. Omdat een beeld meer zegt dan duizend woorden is echter juist bij portretpublicatie zelfcensuur ten eerste op haar plaats. Over de verhouding tussen het

vraag wat de betekenis van het (ideële) portretrecht nog is naast art. 6:162 BW, is sinds het *Ferdi E.*-arrest een werkelijk realistische vraag geworden.¹⁷⁰ De Commissie stelt zich deze vraag overigens ook en haar antwoord komt erop neer dat art. 21 Aw wat betreft het ideële portretrecht eigenlijk geen functie meer vervult dan een symbolische.¹⁷¹ Met dit antwoord wordt echter tegelijk het eerdere oordeel van de Commissie dat art. 21 Aw wat betreft het ideële portretrecht naar behoren functioneert zeer opmerkelijk: terwijl art. 21 Aw geen wezenlijke functie meer heeft en dus eigenlijk *niet* meer werkt, zou het *naar tevredenheid* werken.^{172, 173} Wat de kern van het probleem is in de ontwikkeling van het Nederlandse portretrecht, wordt door de Commissie Portretrecht eenvoudigweg niet onderkend en opgelost.

Dit blijkt ook met name uit de door haar voorgestane promotie van het commerciële portretrecht ex art. 21 Aw, hetgeen de spil van haar voorstel uitmaakt. De Commissie wil aan het nu bestaande commerciële portretrecht het karakter geven van een absoluut en exclusief commercieel portretrecht (weliswaar qua omvang beperkt), dat overdraagbaar en vererfbaar is. Terwijl aan de ene kant het ideële portretrecht in de loop van de vorige eeuw aanzienlijk is verzwakt door het uitdrukkelijk niet het gewicht van quasi-eigendomsrecht toe te kennen¹⁷⁴, wordt aan de andere kant het commerciële portretrecht nu door de Commissie Portretrecht juist aanzienlijk versterkt door het de status te geven van een quasi-eigendomsrecht. De Commissie staat niet stil bij de vraag welk effect deze laatste handelwijze op het ideële portretrecht zal

persoonlijkheidsbelang van de geportretteerde enerzijds en het belang van informatievrijheid van de media en de mediagebruiker anderzijds (nogmaals): de media kan het belang van de geportretteerde onherstelbaar schenden, hetgeen de geportretteerde niet kan doen tegenover de media; dit heeft te maken met de aard van het persoonlijkheidsbelang van de geportretteerde en juist hier haakt het portretrecht op in.

170 Vgl. Oppenoorth 1994, p. 58-59, waar hij (zoals ik vermeldde aan het einde van 2.8 hierboven) spreekt over 'de laatste ronde van art. 21 Auteurswet'. Deze laatste ronde is er echter volgens hem niet voor het ideële portretrecht ('Het redelijk belang in de zin van een *privacy*belang (cursivering geciteerde tekst) past in het leerstuk van de onrechtmatige daad waar art. 21 Aw niets aan toevoegt.') maar voor het commerciële 'portretrecht' ('Wat er nog overblijft is het *publicity*belang (cursivering geciteerde tekst) dat door de rechtspraak in het art. 21 Aw nestje is ondergeschoven.')

171 P. R5 van het rapport; de Commissie wil art. 21 Aw niet schrappen omdat zij denkt dat het onverstandig is de historische en jurisprudentiële achtergrond van het artikel (wat betreft de ideële kant) overboord te zetten en omdat zij denkt dat het schrappen een verkeerd signaal zou zijn aan de maatschappij.

172 Afgevraagd moet dan ook worden naar tevredenheid *van wie* het ideële portretrecht op dit moment zijn functie vervult. Naar tevredenheid van de media, de adverteerders, reclamebureaus en de daarmee samenwerkende 'commercieel geportretteerde' of naar tevredenheid van de 'de ideële geportretteerde'? Als het naar tevredenheid van deze laatste zou zijn (hetgeen niet het geval is, vgl. noot 168 hierboven), wat zou dan de betekenis zijn geweest van het portretrecht tussen 1919 (*Lindenbaum/Cohen*) en 1994 (*Ferdi E.*)? Misschien luidt het antwoord van de Commissie Portretrecht hierop dat het portretrecht toentertijd zijn functie vervulde en dat het door 'de ideële geportretteerde' verlangde beschermingsniveau geleidelijk beland is op het niveau van art. 6:162 BW. Het door 'de ideële geportretteerde' verlangde beschermingsniveau is echter niet geleidelijk *beland* op dat niveau, maar tot dat niveau *teruggedrongen*. Hier staan twee partijen tegenover elkaar met twee tegengestelde belangen: aan de ene kant de media, adverteerders, reclamebureaus en de daarop steunende 'commercieel geportretteerde' met een financieel belang en aan de andere kant 'de ideële geportretteerde' met zijn typisch portretrechtelijk immaterieel belang. De eerstgenoemde partij heeft het gewonnen, niet zozeer door het belang van 'de ideële geportretteerde' in twijfel te trekken maar door de kern zelf van dat belang aan te tasten.

173 Tot nog toe bleef in deze scriptie onvermeld de belangrijke functie welke de Reclame Code Commissie (RCC) vervult als het gaat om portrettering in reclame. Deze instantie is in het kader van zelfregulering opgezet door de media- en reclamewereld. Het adverterend bedrijfsleven wil door zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen, voorkomen dat de overheid bij wet eventueel algemene reclameverboden oplegt en zorgen dat de vrijheid bij het maken van reclame behouden blijft. Ieder kan bij vermeende schending van de Nederlandse Reclame Code (NRC) een klacht indienen (met beroepsmogelijkheid bij het College van Beroep). Wat nu opvalt, is dat de bescherming tegen ongewenst portretgebruik welke via de RCC verkregen kan worden op dit moment groter lijkt te zijn dan die welke verkregen kan worden via het eigenlijke portretrecht ex art. 21 Aw (!). Gebruik van een portret in reclame-uitingen zonder toestemming van de geportretteerde pleegt door de RCC te worden afgekeurd op grond van 'het fatsoen' waar de NRC in art. 2 naar verwijst. De Internationale Code van het Reclamewezen bepaalt overigens in art. 8: 'Reclame mag geen personen in hun persoonlijke of maatschappelijke hoedanigheid uitbeelden of naar hen verwijzen zonder hun vooraf verkregen toestemming daartoe.' (Internationale code voor het reclamewezen, goedgekeurd door het 27^{ste} congres van de Internationale Kamer van Koophandel, 1987.) Ook de mogelijkheid die de Wet bescherming persoonsgegevens bijv. geeft aan de werknemer tegenover zijn werkgever om bepaalde ongewenste portretpublicatie tegen te gaan lijkt groter dan de mogelijkheid daartoe op grond van art. 21 Aw.

174 Vgl. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 320; Oppenoorth 1994, p. 58.

hebben. Zoals uiteengezet in 2.8 hierboven is de rechtsgrond voor het ideële portretrecht van immateriële aard, de rechtsgrond voor het commerciële portretrecht daarentegen van materiële aard. Schadevergoeding bij schending van een ideeel belang ex art. 21 Aw is steeds te zien als een passende compensatie voor geleden verlies. Het zo veel mogelijk *herstellen* is hier het uitgangspunt. Schadevergoeding bij schending van een commercieel belang ex art. 21 Aw is steeds te zien als vergoeding van gemist voordeel. Uitgangspunt is hier het *verkrijgen van wat er nog niet was*.¹⁷⁵ Gezien de tegengestelde achtergrond van het ideële en het commerciële portretrecht, zal een verdere ontwikkeling van de commerciële component van het portretrecht die in lijn ligt met de ontwikkeling tot nu toe, een nog verdergaande uitholling van het ideële portretrecht ten gevolge hebben.

Het commerciële portretrecht is ten onrechte geënt op het ideële portretrecht en mag zich daarom niet verder ontwikkelen dan nadat het ervan gescheiden is. Zolang dat niet is gebeurd, betekent de proliferatie van aanspraken die voortvloeien uit commerciële portretpublicatie en zijn gebaseerd op art. 21 Aw een uitholling van de ideële component van art. 21 Aw.¹⁷⁶ Nu is het zo dat het object van het ideeel en het commercieel portretrecht hetzelfde is, namelijk het portret. Een volledige scheiding tussen ideeel en commercieel portretrecht is bijgevolg *onmogelijk*. Slechts een *onderscheiding* is mogelijk.¹⁷⁷ Het middel om het commerciële portretrecht eindelijk een zelfstandig leven te laten leiden is m.i. niet het scheiden van het commercieel portretrecht en het ideeel portretrecht (daar dit onmogelijk is) maar het scheiden van ‘de commercieel geportretteerde’ en ‘de ideeel geportretteerde’. Het portretrecht ex art. 21 Aw moet volledig ‘terug in handen worden gegeven’ van ‘de ideeel geportretteerde’ en voor ‘de commercieel geportretteerde’ moet een eigen *apart* regime gelden. Omdat m.i. de belangen van ‘de commercieel geportretteerde’ veelal in de sfeer liggen van de belangen die het merkenrecht verdedigt (of binnen die sfeer zouden moeten worden gehouden) lijkt (een wettelijk geregelde en

175 Oppenoorth 1986, p. 87-88; zie ook Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 336 waar vermeld wordt dat het verschil tussen het ideële en commerciële portretrecht tot uitdrukking komt als het na een onrechtmatige publicatie aankomt op bepaling van de schadevergoeding: schadevergoeding op basis van schending van een persoonlijkheidsbelang zal in het algemeen beperkt zijn tot ex aequo et bono te bepalen vergoeding van ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ (art. 6:106 BW), bij de begroting op basis van schending van een commercieel belang zal het om heel andere bedragen kunnen gaan en komt bijv. vergelijking met hetgeen van andere adverteerders bedongen had kunnen worden aan de orde.

176 Ironisch genoeg zegt de Commissie zelf op p. R6 zeer juist: “Het persoonlijkheidsrechtelijke karakter van het portretrecht *blokkeert* (cursivering: CDMMS) de ontwikkeling van het commerciële portretrecht tot een volwaardig vermogensrecht, waarover de geportretteerde als ‘eigenaar’ kan beschikken”.

177 Misschien wordt opgeworpen dat het ideële en het commerciële portretrecht, zoals deze nu zijn vormgegeven in Nederland, wél volledig te scheiden zijn, maar slechts in zoverre deze scheiding betrekking heeft op een bepaalde persoon of op een bepaalde groep: zij die hun portret slechts willen gebruiken om er geld mee te verdienen en zich ook bij elke schending van een ideeel portretrechtelijk belang tevreden stellen met een geldelijke compensatie. Met betrekking hiertoe echter drie (met elkaar verband houdende) opmerkingen. Ten eerste: *niet alles is op geld waardeerbaar* (onafhankelijk van of bepaalde groepen het hiermee eens zijn of niet). De mens is niet op geld waardeerbaar en al zijn ideële belangen ook niet volledig. Ten tweede zij opgemerkt: niet iedereen wil zijn of haar portret gebruiken om er geld mee te verdienen en er zijn ook mensen die dat juist absoluut niet willen (deze hier bedoelde groepen kunnen in een intercommunicatieve en commerciële samenleving echter beter zwijgen, vgl. ook noot 168 hierboven); het (portret)recht moet echter gelden voor iedereen en als dit gewenst is juist de zwakkere partij in bescherming nemen. Er moet dus gelet worden op het *algemeen* belang. De derde opmerking: de ideële kant van portretpublicatie treedt als het ware terug als iemand zelf toestemt in de portretpublicatie; is het echter mogelijk zich echt *volledig* te ontdoen van deze ideële kant? Theoretisch bezien is een dergelijke eigen mogelijkheid tot volledige afwijzing van eigen persoonlijkheidsbelangen misschien *mogelijk*; duidelijk is echter dat een dergelijke mogelijkheid rechtens niet bestaat of kan worden gegeven. Het principe *volenti non fit iniuria* geldt maar tot op bepaalde hoogte. Er bestaan genoeg voorbeelden van portretpublicaties waaruit blijkt dat de geportretteerde in het gegeven geval ook *tegen zichzelf* in bescherming moet worden genomen. Met een inperking van het commerciële portretrecht en een versterking van het ideële portretrecht wordt het algemeen belang gediend.

door de rechter toegepaste) overname van de functie van hetgeen nu commercieel portretrecht heet door het merkenrecht mij zeer voor de hand te liggen.¹⁷⁸ Ook de ongeoorloofde mededinging zou hier m.i. een duidelijker functie moeten vervullen.¹⁷⁹

Gezien het bovenstaande is het duidelijk dat de door de Commissie Portretrecht voorgestane nieuwe vorm van het commercieel portretrecht, daar deze vorm volledig in lijn ligt met en voortbouwt op zijn ontwikkeling tot nu toe en niet duidelijk wordt afgebakend, een negatieve uitwerking zal hebben op het ideële portretrecht. De Commissie Portretrecht baseert het overdraagbare commerciële portretrecht op een *economische* ratio. Gezien *het snel groeiend economisch belang* van de exploitatie van portretten is het in haar ogen wenselijk te voorzien in een absoluut en overdraagbaar commercieel portretrecht. Of er naast economische belangen nog andere te beschermen belangen in het geding zijn of misschien juist in het geding zijn, vraagt de Commissie zich aanvankelijk niet af.¹⁸⁰ Het door haar ontworpen recht wil zij aan *iedereen* toekennen. De in de jurisprudentie ontwikkelde *prestatieratio*¹⁸¹ wordt door de Commissie verworpen en zij stelt dat er uit economisch oogpunt reden bestaat voor bescherming zodra commerciële exploitatie van een portret mogelijk is.¹⁸² M.i. ondermijnt de Commissie op deze manier zelf de economische ratio achter haar commerciële portretrecht: de economische *werkelijkheid* verleent namelijk pas bescherming als de geportretteerde ‘een prestatie heeft verricht’.¹⁸³ Vervolgens vormt bijna elk argument dat de Commissie aanvoert om overdracht van het commerciële portretrecht mogelijk te maken m.i. een pleidooi om deze mogelijkheid juist *niet* in het leven te roepen.

De onoverdraagbaarheid van het commerciële portretrecht moet in de portretten sfeer juist als een voordeel worden gezien.¹⁸⁴ Doordat het commerciële portretrecht op dit moment niet

178 Portretmerken komen al veel voor. Ik doel hier op een zo volledig mogelijke en zo exclusief mogelijke overname door het merkenrecht, d.w.z. als het portret niet als merk is gedeponeerd zou er in principe *geen* commercieel portretrechtelijke bescherming moeten zijn (aan de hierna genoemde ongeoorloofde mededinging kan echter een aanvullende rol worden toegekend bij de afbakening van het commerciële portretrecht). Voor de mogelijkheden van portretmerken zie Mom 1996, p. 169-175; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 346; Verkade 1996, p. 125. Voor een jurisprudentieel voorbeeld zie Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *IER* 2003, nr. 18 (*Verstappen/Albion*). Merkrechten zijn overdraagbaar en verpandbaar, vgl. Van Engelen 2003, p. 164. Mocht er reden zijn om i.v.m. het commerciële portretrecht nieuwe merkenrechtelijke mogelijkheden te openen (of bepaalde bestaande mogelijkheden te sluiten waartoe ik overigens op dit moment geen aanleiding zie), dan is dat prima en moet in dat verband zo snel mogelijk onderzoek worden gedaan.

179 Voor portretrecht en ongeoorloofde mededinging zie Pinckaers 1996, p. 194-199 en Beunen 1997, p. 190-214. Voor de portretrechtelijke mogelijkheden van de naburige rechten zie Pinckaers 1996, p. 217-219. Mochten het merkenrecht, de ongeoorloofde mededinging en de naburige rechten onvoldoende mogelijkheden bieden voor commercieel portretrechtelijke gevallen, dan moet (indien dat wenselijk is: het recht hoeft niet altijd de marktwerking te volgen en soms moet het deze juist - geheel of gedeeltelijk - tegengaan) binnen deze rechtsgebieden daaraan ruimte worden gegeven en moeten er eventueel daarop toegesneden wijzigingen plaatsvinden.

180 Later natuurlijk weer wél (zie p. R7 en R9 van het rapport) en dan wordt de oplossing gezocht in een aansluiting op de persoonlijkheidsrechten van art. 25 Aw (graag had ik een verdere uitwerking hiervan gezien) en in hetgeen er nog overgebleven is van het ideële portretrecht, welke rest dan toch ineens nogal belang schijnt te hebben (tenminste zodanig dat de Commissie overwogen heeft een op het commerciële portretrecht toegesneden duplicaat ervan te ontwerpen). Zie ook noot 309 hierna.

181 Zie in 2.5 hierboven.

182 P. R7 van het rapport.

183 Een commercieel portretrecht heeft op dit moment voor mij geen enkele materiële waarde zolang ik niet een zekere bekendheid ‘geniet’ in de samenleving en een gewone bekendheid is zelfs volgens de rechtspraak ontoereikend (zie in 2.5 hierboven). Een *mogelijkheid op zich* heeft op de economische markt nog geen reële betekenis. Vgl. ook Pinckaers 1997, p. 50 waar vermeld wordt dat de economische ratio van het commerciële portretrecht van de Commissie berust op een cirkelredenering.

184 Ook Verkade in zijn annotatie bij het in noot 140 hierboven vermelde arrest *Van Uden/Verkerke* is geneigd tot een dergelijke zienswijze. Overigens is niet alleen de mogelijkheid tot overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht maar ook de uitbreiding van de kring van nabestaanden in de zin van art. 19-21 Aw (aangegeven in art. 25a Aw, zie in 2.6 hierboven) te zien als een negatieve ontwikkeling welke leidt tot een steeds verdergaande ‘ontpersoonlijking’ van het portretrecht. Dit is een reden te meer (de zogeheten geregistreerde partner en de zogeheten levenspartner verdienen sowieso geen plaats waar dan ook) om het oneens te zijn met de plaatsing van ‘de geregistreerde partner’ in art. 25a Aw (in 1998) en met de door de Commissie Portretrecht op p. R4 van haar rapport voorgestelde plaatsing van ‘de levenspartner(s)’ in art. 25a Aw.

overdraagbaar is, zou de commerciële exploitatie van portretten en de daarmee samenhangende rechtshandhaving volgens de Commissie ernstig bemoeilijkt zijn. Is enige bemoeilijking hier echter niet op zijn plaats? En overigens: is het werkelijk waar wat de Commissie hier beweert?¹⁸⁵ Via contractuele weg (inclusief volmachten) is een met overdracht vergaand (economisch) vergelijkbaar resultaat construeerbaar en de praktijk laat zien dat ook inderdaad van die weg gebruik wordt gemaakt.¹⁸⁶ M.i. is de licentie, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie beweert¹⁸⁷, juist een bij uitstek geschikte rechtsfiguur voor het commerciële portretrecht.¹⁸⁸ Het opstellen van een licentie-overeenkomst is altijd maatwerk en de licentiegever houdt zelf altijd nog ergens een vinger in de pap. Tot slot lijkt het argument van de Commissie¹⁸⁹ dat met de mogelijkheid van overdracht en vererving de rechtszekerheid van *alle* bij de exploitatie betrokken partijen ten eerste gediend zou zijn nogal gezocht en is het overigens m.i. onjuist. In de huidige situatie is voor iedereen duidelijk dat de geportretteerde zelf ergens het laatste woord heeft en dat men voor een nieuwe exploitatie(vorm) in principe altijd bij de geportretteerde zelf moet zijn. Bij overlijden komt of blijft het commerciële portretrecht op dit moment niet bij deze of gene, maar gaat in principe mét de geportretteerde het graf in.¹⁹⁰

In deze paragraaf werd precies nagegaan of het wijzigingsvoorstel met betrekking tot het portretrecht van de Commissie Portretrecht soms een verbetering inhoudt van het huidige Nederlandse portretrecht. Ik sluit af met op te merken dat dit, gezien alle boven aangevoerde punten, geenszins het geval is. Voor de problematische ontwikkelingen aangeduid in 2.8 hierboven wordt geen oplossing aangereikt. De Commissie heeft geen moeite met de schadelijke uitdijning van het portretbegrip. Verder zou de steeds verdergaande uitholling van het ideële

185 Vgl. Verkade 1996, p. 125: “Zo wil het er bij mij niet in dat *door het ontbreken van een subjectief recht* (cursivering geciteerde tekst) ook tijdens het leven van de geportretteerde de exploitatie en rechtshandhaving ernstig bemoeilijkt wordt”. Verkade legt vervolgens uit dat het er gewoon om gaat goede exploitatiecontracten te sluiten waarin aan de exploitanten (sub-)volmachten worden gegeven. De komst van het subjectieve recht is volgens hem ‘een erg zwaar hulpmiddel voor exploitanten die knullige contracten maken’.

186 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 320 en 339-340; Van Engelen 1991, p. 434; Van Engelen 1994, p. 327-328; Van Engelen 2001, p. 335. Gedacht moet worden aan de licentie-overeenkomst, exclusieve vertegenwoordiging, verbintenis om niet zelf overeenkomsten aan te gaan, volmacht voor optreden tegen derden, verbintenis tot cessie van schadevergoedingspenningen enz. De exclusieve licentie heeft privaatieve werking. Toegegeven moet worden dat de volmacht niet privaatief is; is dit echter niet juist een voordeel hier? Vgl. Verkade 1996, p. 126, noot 6, waar hij tevens opmerkt dat het ‘probleem’ wegvalt tegen de achtergrond van de door de Commissie zelf niet gewenste overdraagbaarheid van fysionomie en zie ook Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 361.

187 Zie p. R6 van het rapport bijv.: ‘De exploitant die onder het geldend recht een exclusieve licentie heeft verkregen kan worden geconfronteerd met grillen van de geportretteerde’. Overigens is mij onduidelijk waarom hier ineens gesproken wordt over *grillen* van de geportretteerde. De Commissie ontwerpt het nieuwe commerciële portretrecht in het economisch belang van zowel de exploitant *als van de geportretteerde*; zij suggereert dus een win-win-situatie. Tegen deze achtergrond: waarom zou de geportretteerde moeilijk gaan zitten doen? Dat zal hij of zij waarschijnlijk alleen doen wegens de morele kanten van het commerciële portretrecht. Als dat echter *grillen* zijn, waarom schenkt de Commissie er dan op een andere plaats zelf aandacht aan? Op p. R7 en R9 van het rapport wordt een oplossing gezocht voor de aan overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht verbonden morele risico’s.

188 De licentie heeft wat weg van een persoonlijk recht maar ook veel van een beperkt recht. Over de licentie en haar mogelijkheden zie Wentink 1995, p. 1-24 en Overdijk 1996, p. 111-117. Zie voor de onderhavige kwestie ook nog Verkade 1996, p. 125: “Dat bij de licentie-constructie (steeds) wél, en bij de overdrachtconstructie niet (nooit) gesteggeld zou kunnen worden over ‘iedere nieuwe exploitatievorm’, is gewoon niet waar. Alles hangt af van de inhoud en de interpretatie van de akte, en de licentie- of overdrachtconstructie (cursivering geciteerde tekst) doet er op zich geen zier toe. Sterker nog, denkend aan exploitantenbelangen waarover de commissie zich hier druk maakt, kan de exploitant beter af zijn met een exclusieve licentie in plaats van een overdracht, indien die overdracht aan een regime à la art. 2 Aw wordt onderworpen (wat de commissie verderop in haar rapport bepleit). Daar zitten die (omstreden) restrictieve uitlegbepalingen in die het voor de exploitant in ieder geval niet beter maken; naar de huidige stand van de rechtspraak worden die bij licenties juist niet of niet zonder meer analoog toegepast.”

189 Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R6.

190 Zie voor de onzekerheden welke voortvloeien uit de door de Commissie voorgestane beschermingsduur van vijftig jaar gerekend vanaf de eerste januari volgend op de eerste exploitatie van het portret: Pinckaers 1997, p. 50.

portretrecht moeten worden tegengegaan door het in een nieuwe versterkte (wettelijke) vorm te gieten. De Commissie heeft hier geen oog voor. En last but not least verdient afkeuring: het door de Commissie eigenhandig ontworpen nieuw regime voor het commerciële portretrecht dat niet - in zoverre dit mogelijk is - is losgeschakeld van het ideële portretrecht en dat o.a. daarom een negatieve uitwerking heeft op het ideële portretrecht.

3.3 Pinckaers: een recht op de persona

In de twee voorgaande paragrafen kwam het initiatief van de Commissie Portretrecht aan bod. In deze en de volgende paragraaf komt het tweede te behandelen initiatief dat betrekking heeft op wijziging van het Nederlandse portretrecht aan bod. In deze paragraaf geef ik de inhoud weer van het voorstel,¹⁹¹ in de volgende paragraaf evalueer ik het voorstel. Pinckaers wil een nieuw recht introduceren, genaamd het *recht op de persona*. Dit recht heeft hij bepleit in zijn proefschrift 'From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona' waarop hij in 1996 promoveerde aan de Universiteit van Amsterdam.¹⁹² Het vertrekpunt van de dissertatie van Pinckaers is dat commerciële exploitatie van elementen van de menselijke persoon een economische realiteit is. De dissertatie is verdeeld in twee delen. In het eerste gedeelte geeft Pinckaers een min of meer objectieve weergave van de huidige wettelijke bescherming die verkregen kan worden tegen ongeautoriseerd commercieel gebruik van de menselijke persoon in de Verenigde Staten en in Nederland.¹⁹³ In het tweede deel wordt toegewerkt naar het recht op de persona. Het wordt er voorgesteld, beargumenteerd, vormgegeven en uitgewerkt.

De aanleiding voor Pinckaers tot de introductie van het nieuwe recht ligt in door hem geconstateerde negatieve aspecten van met name het huidig commercieel portretrecht. Pinckaers noemt onder andere de volgende nadelen van het huidig recht als het gaat om commercieel gebruik van de menselijke persoon.¹⁹⁴ Volgens hem is niet duidelijk of de normen die zijn ontwikkeld voor het portretrecht ook gelden ten aanzien van *andere persoonskenmerken* dan het portret. Ook is niet duidelijk volgens hem wat de *ratio* is van een (eventuele) bescherming. In de ogen van Pinckaers is onduidelijk *welke personen* zich tegen de ongeautoriseerde exploitatie van hun persoonskenmerken kunnen verzetten en is eveneens niet precies duidelijk tegen *welke handelingen* personen zich kunnen verzetten op basis van hun financiële belangen. Verder zou onduidelijk zijn onder welke omstandigheden *exploitanten* worden beschermd tegen aantasting

191 Deze paragraaf is gebaseerd op Pinckaers 1996; Pinckaers 1997a, p. 180-182; Pinckaers 1997b, p. 47-53 en Pinckaers 1998, p. 21-23.

192 Pinckaers profileerde zich met het achterliggend idee van zijn proefschrift echter al duidelijk in zijn annotatie bij het vonnis *Amateurbokser Vanderlijde* (vermeld in noot 78 hierboven): *Informatierecht/AMI* 1991, p. 201-203.

193 Hoofdzakelijk worden de Verenigde Staten en Nederland onder de loep genomen, ook wordt echter een beeld verschaft van de situatie in andere West-Europese landen en in Canada en Japan (dat België niet ook even aan bod komt, vind ik jammer; zie Voorhoof 1998, p. 10-12 en Corbet 1997, p. 82-83). Het Deel I van de dissertatie van Pinckaers is uitermate geschikt om het portretrecht in een bredere context te kunnen zien. Nooit eerder werd al het recht wat te maken heeft met portretrecht (in ons land en ook daarbuiten) zo bij elkaar gezet (wel gebeurt dit hoofdzakelijk vanuit een commerciële invalshoek).

194 Pinckaers 1997a, p. 180; Pinckaers 1997b, p. 48-49.

van hun belangen door derden en hoe lang en onder welke omstandigheden de *nabestaanden en/of erven* zich kunnen verzetten tegen de ongeautoriseerde exploitatie van persoonskenmerken van een overledene. Met betrekking tot de positie van exploitanten en die van nabestaanden en/of erven zou er ook een *ongewenste* situatie bestaan.

Het door Pinckaers gepropageerde recht op de persona sluit aan bij het ‘right of publicity’, dat in vijftientig staten van de Verenigde Staten sinds 1953 tot ontwikkeling is gekomen.¹⁹⁵ In vergelijking met andere landen is het Amerikaanse ‘right of publicity’ als middel tegen ongecontroleerd commercieel gebruik van persoonskenmerken het verst in zijn ontwikkeling tot een absoluut overdraagbaar en vererfbaar vermogensrecht. Volledig uitgekristalliseerd tot een absoluut recht met een vaststaande inhoud is het echter nog niet.¹⁹⁶ Het ‘right of publicity’ bestaat in feite uit wat Pinckaers noemt ‘twee verschillende rechten onder één noemer’: een recht dat de ‘persona’ van personen beschermt en een ander recht dat de niet-auteursrechtelijk beschermde live-uitvoering van een artiest beschermt.¹⁹⁷ Het eerste van deze twee rechten kan zich volgens Pinckaers ontwikkelen tot een nieuw intellectueel eigendomsrecht dat in principe overdraagbaar en vererfbaar is: het recht op de persona. Het recht op de persona is kort gezegd het exclusieve recht van ieder mens zijn of haar uiterlijk, (bij)naam, stem, handtekening of andere onderscheidende persoonskenmerken waardoor hij of zij wordt herkend (zijn of haar *persona*), te gebruiken voor commerciële doeleinden.

Het recht op de persona kan volgens Pinckaers zowel op morele als op economische gronden worden gerechtvaardigd. Moreel gezien volgt uit het *beginsel van persoonlijke autonomie* dat ‘ieder mens het recht moet hebben zijn eigen persona te ontwikkelen en zelf moet kunnen beslissen of en, zo ja, hoe aspecten van zijn persona aan de rest van de wereld worden getoond.’¹⁹⁸ Volgens Pinckaers volgt hieruit dat personen ook het recht moeten hebben de commerciële exploitatie van de eigen persoonskenmerken in de hand te houden. ‘Wanneer derden zonder toestemming de persona van een ander voor hun eigen commerciële doeleinden zouden kunnen gebruiken, verliest de persoon wiens persona wordt gebruikt de controle over een aspect van zijn persoonlijkheid.’¹⁹⁹ Economisch gezien geldt volgens Pinckaers het volgende. ‘De erkenning van een exclusief recht tot exploitatie van de persona (...) zal bijdragen aan een efficiënte allocatie en efficiënt gebruik van een schaars goed: de persona van een mens. Doordat het gebruik van de persona kan worden gecontroleerd, kunnen exploitatievormen die de waarde van de persona aantasten worden vermeden en wordt bevorderd dat de exploitanten voor wie de persona de grootste waarde heeft, een licentie krijgen.’²⁰⁰

Het recht op de persona wordt door Pinckaers nader geconcretiseerd doordat hij een uiteenzetting geeft over het subject, het object, de beschermingsomvang en de inhoud ervan. Het

195 Pinckaers 1997b, p. 51.

196 Pinckaers 1997b, p. 51.

197 Pinckaers 1997a, p. 180-181.

198 Pinckaers 1997a, p. 181; Pinckaers 1997b, p. 51.

199 Pinckaers 1997b, p. 51.

200 Pinckaers 1997a, p. 181; Pinckaers 1997b, p. 51.

subject van Pinckaers' recht op de persona is de originele rechthebbende (of diens rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel). 'Uit de rechtvaardiging van het recht op de persona volgt dat dit recht aan *ieder* mens dient toe te komen, onafhankelijk van de vragen of een bepaalde mate van populariteit is verworven, of een bepaalde mate van (al dan niet beroepsmatig verrichte) prestatie is verricht en of de persona reeds feitelijk tegen een vergoeding kan worden geëxploiteerd (cursivering geciteerde tekst).'²⁰¹ Het recht komt dus ook toe aan personen die op dit moment geen beroep kunnen doen op het commerciële portretrecht.²⁰² Het object van het recht op de persona is een immaterieel goed: de persona van een bepaalde natuurlijke persoon, d.w.z. 'alle symbolen, zoals de naam, het uiterlijk, de stem, de handtekening en andere onderscheidende kenmerken waardoor een *bepaalde persoon* herkenbaar wordt, onafhankelijk van de commerciële waarde daarvan (cursivering geciteerde tekst).'²⁰³ Het object van recht op de persona is dus niet stoffelijk; het is niet (een deel van) het menselijk lichaam zelf. Ook beschermt het recht 'de (kenmerkende elementen van de) persona niet als zodanig, maar alleen zover zij een bepaalde persoon herkenbaar maken.'²⁰⁴ Duidelijk is dat het object van het recht op de persona veel breder is dan het object van het huidige portretrecht en dat het niet beperkt is tot concrete afbeeldingen van fysieke gedeelten van een persoon. De beschermingsomvang van het recht op de persona moet volgens Pinckaers worden bepaald door de zogenaamde *herkenbaarheidstest*.²⁰⁵ Aan de hand van deze test wordt bepaald wiens persona is gebruikt.

Bij de definiëring van de inhoud van het recht op de persona heeft Pinckaers er alles aan gedaan om de met de uitingsvrijheid gemoeide belangen mee te wegen. Hij is tot de conclusie gekomen dat die definitie het beste kan worden gegeven aan de hand van een zogenaamde 'context test'. Of het personarecht al dan niet in het geding is of wordt geschonden hangt volgens Pinckaers af van de vraag of het ongeautoriseerde gebruik van de persona plaatsvindt in wat hij noemt een *commerciële context* dan wel een *communicatieve context*.²⁰⁶ Als vuistregel geldt 'dat ongeautoriseerd gebruik van de persona in verband met (reclame voor) commerciële producten, diensten of bedrijven onrechtmatig is en dat gebruik in verband met (reclame voor) traditionele mediaproducten, zoals boeken, dagbladen, tijdschriften, radio, film, televisie, etc. niet in strijd komt met het personarecht, tenzij het om een advertentie gaat voor commerciële producten, diensten of bedrijven.'²⁰⁷ Pinckaers erkent dat toepassing van deze regel in twee gevallen problemen oplevert. Het eerste geval heeft betrekking op de situatie dat het ongeautoriseerd personagebruik plaatsvindt in het 'schemergebied' tussen communicatieve mediaproducten en commerciële niet-mediaproducten, dus als het gaat om wat Pinckaers noemt semi-

201 Pinckaers 1997b, p. 51.

202 Voor het subject van het huidige commerciële portretrecht en de drang om de kring van subjecten uit te breiden zie in 2.5 hierboven.

203 Pinckaers 1997b, p. 52.

204 Pinckaers 1997a, p. 181.

205 De ontwikkeling en invulling van 'the test of identification' kan volgens Pinckaers aan de rechtspraak worden overgelaten.

206 Pinckaers baseert het onderscheid tussen deze twee contexten mede op het onderscheid in de rechtspraak van de U.S. Supreme Court tussen 'non-commercial speech' en 'commercial speech'; Pinckaers 1997a, p. 181 en Pinckaers 1997b, p. 52.

207 Pinckaers 1997b, p. 52.

mediaproducten.²⁰⁸ De rechter zou dan moeten nagaan of ‘het informatieve dan wel het commerciële aspect overheerst.’²⁰⁹ Het tweede geval betreft situaties waarin het onderscheid tussen een informatieve uiting enerzijds en een advertentie voor een commercieel product anderzijds niet direct duidelijk is voor de ontvanger ervan.²¹⁰ In dergelijk geval zou weer de rechter ‘op basis van de inhoud van de uiting moeten bepalen of het al dan niet gaat om een als nieuwsbericht vermomde advertentie.’²¹¹ Kort gezegd definieert Pinckaers het personarecht wat betreft de inhoud als: het exclusieve recht van de eigenaar de persona te gebruiken in verband met (reclame voor) commerciële producten, diensten of bedrijven, m.u.v. personagebruik in de traditionele media voor zover het tenminste niet gaat om advertenties voor commerciële zaken. Nog vermeld zij dat in de ogen van Pinckaers enkele uitzonderingen moeten bestaan op het personarecht. Het betreft gebruik van de persona van politici in verband met semi-mediaproducten, gebruik van de persona in feitelijke mededelingen over de maker van het product, gebruik in een parodie en ‘generic use’ (gebruik als soortnaam) en verder ‘de minimis’ gebruik (min of meer toevallig gebruik in groter geheel).²¹² Een algemene ‘fair use’ uitzondering mag erkend worden volgens Pinckaers, maar slechts als deze zeer strikt wordt vormgegeven.

Het recht op de persona is in beginsel overdraagbaar en vererfbaar. De mogelijkheid van overdracht van dit recht zou echter in bepaalde gevallen op morele gronden beperkt moeten worden.²¹³ Daarnaast stelt Pinckaers voor om een niet-overdraagbaar (moreel) recht te erkennen “op grond waarvan een overdracht kan worden ‘herroepen’ op zwaarwegende morele gronden en tegen een financiële compensatie van de rechtsopvolger.”²¹⁴ Pinckaers adviseert een zogenaamde ‘post mortem’-termijn van tien jaar vast te stellen opdat het personarecht nog enige tijd na het overlijden voortduurt en de belangen van exploitanten ‘niet worden geschaad door een gebeurtenis waarvan het moment onvoorspelbaar is.’²¹⁵ Het personarecht kan worden geëxploiteerd door middel van licenties. In dit verband merkt Pinckaers het volgende op: ‘Door het verlenen van een licentie verliest de licentiegever in beginsel ook de mogelijkheid zich tegen het geautoriseerde gebruik te verzetten op basis van zijn persoonlijkheidsrecht. In geval van inbreuk door derden dient de licentienemer de mogelijkheid te hebben zijn eigen schade te verhalen.’²¹⁶

Welke betekenis heeft het voorstel van Pinckaers nu voor het Nederlandse portretrecht? In de ogen van Pinckaers zou de Nederlandse *rechter* moeten erkennen dat *ieder* mens in staat moet zijn om het gebruik van zijn persona in verband met (advertenties voor) niet-media-producten en/of -diensten te controleren. Dit principe moet, zolang het recht op de persona nog niet is

208 Pinckaers 1997a, p. 182; Pinckaers 1997b, p. 52.

209 Pinckaers 1997b, p. 52.

210 Pinckaers 1997a, p. 182; Pinckaers 1997b, p. 52.

211 Pinckaers 1997b, p. 52.

212 Pinckaers 1997a, p. 182; Pinckaers 1997b, p. 53.

213 Hier noemt Pinckaers de volgende voorbeelden (Pinckaers 1997b, p. 53): ‘Zo mogen ouders mogen niet de rechten op de persona’s van hun minderjarige kinderen verkopen. Personen die nooit hun rechten op hun persona hebben overgedragen, mogen die niet onvrijwillig verliezen door bijvoorbeeld een beslag of faillissement.’

214 Pinckaers 1997b, p. 53.

215 Pinckaers 1997b, p. 53.

216 Pinckaers 1997b, p. 53.

erkend, worden opgenomen, ontwikkeld en uitgewerkt onder de mantel van art. 6:162 BW. Wat de toekomstige taak van de *wetgever* betreft, is Pinckaers de volgende mening toegedaan. Het schrappen van art. 21 Aw zou weliswaar een stap voorwaarts zijn, maar onvoldoende.²¹⁷ De wetgever zou een nieuwe wet moeten aannemen welke het recht op de persona erkent. Het lijkt hem echter niet wenselijk dat dit alleen in Nederland gebeurt. De Europese wetgever zou het recht op de persona moeten erkennen en de wetgeving in dit verband moeten harmoniseren in de gehele Europese Unie. Tot slot van deze paragraaf zij nog vermeld dat het personarecht van Pinckaers niet bruikbaar is als personen zich willen verzetten tegen ongeautoriseerde openbaarmaking van hun persona op grond van privacybelangen.²¹⁸

3.4 Evaluatie van het recht op de persona

Eerst en vooral dient vermeld dat Pinckaers' voorstel is voortgekomen uit een zeker ongenoegen met het commerciële portretrecht ex art. 21 Aw en daarmee samenhangende onderwerpen. In zijn annotatie genoemd in voetnoot 192 hierboven drukte Pinckaers reeds zijn onvrede uit met (de grenzen van) het commercieel portretrecht.²¹⁹ Ook in zijn proefschrift geeft Pinckaers duidelijk aan wat de aanleiding of het motief van zijn voorstel is: hij spreekt er over nadelen van onder andere het commerciële portretrecht. Naar mijn mening is het ongenoegen van Pinckaers echter als zodanig niet of onvoldoende gerechtvaardigd. De nadelen die Pinckaers noemt, zijn er bij nader inzien géén of behoeven relativering. M.i. heeft het recht op de persona bij Pinckaers in zekere zin voorop gestaan en vormen de door hem aangevoerde 'nadelen' géén aanleiding tot introductie van een dergelijk recht. Als nadelen van het huidige commercieel portretrecht somt Pinckaers o.a. een flinke rij juridische onzekerheden en onduidelijkheden op. In werkelijkheid echter is het probleem niet dat er een of meer onduidelijkheden zijn - meestal heeft de rechtspraak of de rechtspraktijk al een antwoord gegeven²²⁰ - maar dat Pinckaers het eenvoudigweg niet eens is met o.a. de commercieel portretrechtelijke situatie.²²¹ Het is duidelijk dat de normen die zijn ontwikkeld voor het portretrecht uiteraard *in principe niet* gelden buiten

217 Vgl. Pinckaers 1996, p. 438: 'The development by courts of the right to oppose commercial damage caused by unpermitted commercial exploitation of one's portrait is impeded by the text of Article 21 of the 1912 Copyright Act.'

218 Pinckaers heeft overwogen (zie Pinckaers 1996, p. 433 en 435-436) om een privacyrecht te incorporeren in het recht op de persona. Een voorstander daarvan is hij niet: '(...) it seems to me that it is most convenient to distinguish two causes of action, the right of publicity oriented toward the protection of property, and the appropriation privacy tort toward the protection of dignity.' Nochtans maakt hij duidelijk dat hij er niet principieel tegen is en dat hij met een incorporatie als genoemd kan instemmen onder bepaalde voorwaarden: 'It is important that a recognition of a claim for moral damages on the basis of the right of persona does not lead to the conclusion that the commercial part of this right is non-assignable and non-descendible.'

219 Onder nr. 5 op p. 202 bijv.: 'Elke persoon moet de commerciële exploitatie van zijn of haar portret kunnen beheersen. De grondslag voor bescherming is m.i. gelegen in het simpele feit dat het om een portret van hem of haar gaat (cursivering geciteerde tekst).' Verder geeft Pinckaers op diverse (andere) plaatsen in de genoemde annotatie inzicht in zijn droombeeld: het recht op de persona.

220 En daar waar Pinckaers' onzekerheden er werkelijk zijn, belemmeren deze in zekere zin een verdere ontwikkeling van het commerciële portretrecht, hetgeen gunstig is voor het eigenlijke, ideële portretrecht, zie verderop in deze paragraaf en noot 227 hierna.

221 Ik ben het daar ook mee oneens, maar op grond van intrinsieke eigenschappen van het portretrecht, zie 2.8 hierboven.

het portretrecht.²²² Duidelijk is wat de ratio van de commercieel portretrechtelijke bescherming is, nl. *prestatiebescherming*.²²³ Het is duidelijk dat zij die zgn. *verzilverbare populariteit* bezitten, zich kunnen beroepen op het commerciële portretrecht.²²⁴ Verder is duidelijk dat de personen met verzilverbare populariteit zich op grond van art. 21 Aw succesvol kunnen verzetten tegen ongewenste portretpublicatie als het relevante *handelsgebruik* in het zich voordoende geval betaling van een vergoeding voor het portretgebruik vereist.²²⁵

Dan hebben we nog hetgeen het meeste ‘problemen’ oplevert: de positie van exploitanten en de positie van de nabestaanden en/of erven. Hier zou niet alleen onduidelijkheid zijn maar ook onwenselijkheid. Art. 21 Aw verleent het recht om een actie in te stellen enkel en alleen toe aan de geportretteerde en na overlijden aan een beperkte kring van nabestaanden.²²⁶ Tijdens het leven van de geportretteerde is het portretrecht er alleen voor de geportretteerde. Met de dood van de geportretteerde houdt het portretrecht ex art. 21 Aw op betekenis te hebben, tenzij er een redelijk (eigen) belang bestaat van de (onmiddellijke familie)kring ex art. 25a Aw.²²⁷ Overdracht en vererving van het portretrecht is uitgesloten.²²⁸ Op grond van het *Elvis Presley*-arrest is inmiddels voldoende duidelijk dat de zelfstandige positie van exploitanten *zwak* is.²²⁹ Een licentienemer kan niet op eigen houtje een actie instellen tegen de ongeautoriseerde commerciële portretexploitatie

222 Dat Pinckaers zich vragen stelt op dit punt is begrijpelijk. Het beschermingsniveau dat art. 21 Aw biedt, is praktisch gezien gedaald tot het beschermingsniveau van art. 6:162 BW (vgl. in 2.8 en 3.2 hierboven) en tegelijkertijd heeft zich een commercieel belang genesteld in art. 21 Aw. Deze ontwikkeling werd en wordt vergezeld met een oprekking van het portretbegrip (vgl. in 2.1, 2.8 en 3.2 hierboven).

223 Dit blijkt overduidelijk uit de jurisprudentie en literatuur: zie in 2.5 hierboven.

224 Zie in 2.5 hierboven voor de jurisprudentiële criteria. Ik geef toe dat de tendens tot oprekking van het begrip verzilverbare populariteit (in combinatie met het hierboven in noot 222 vermelde) aanleiding kan geven tot onduidelijkheden.

225 Zie in 2.5 hierboven. Ik geef toe dat niet voor iedereen duidelijk is wanneer in het algemeen iets *handelsgebruik* is of niet (mede ook omdat handelsgebruiken kunnen veranderen in de loop van de tijd). Door de rechter werd/wordt dit echter steeds in het concrete geval bepaald en op grond hiervan is tamelijk duidelijk tegen welke handelingen verzet mogelijk is (zie hierboven in 2.5 laatste alinea). Van hen die een beroep willen doen op het commercieel portretrecht en hun portret dus blijkbaar ‘in de handel hebben gebracht’ lijkt het mij overigens redelijk te vergen dat zij op de hoogte zijn of zich (eerst) op de hoogte stellen van de gebruiken in die handel. Wie naar de markt gaat, moet weten hoe het er daar aan toe gaat; handelsgebruiken hoeven niet voor iedereen duidelijk te zijn, duidelijkheid bij de handelaars volstaat.

226 Vgl. hierboven 2.7 derde alinea.

227 Inderdaad zijn hier enkele onduidelijkheden of onzekerheden: deze spruiten echter voort en hebben te maken met het in het portretrecht binnengeslopen commercieel belang en houden juist geen verband met het portretrecht zelf. Een erfgenaam die niet is nabestaande in de zin van art. 25a Aw heeft *geen* actie ex art. 21 Aw ter beschikking. *Onder welke omstandigheden* de nabestaande ex art. 25a Aw (of zijn contractant-exploitant) zich kan verzetten tegen ongeautoriseerde exploitatie van het portret van de overledene is ongeveer even zeker als onder welke omstandigheden de geportretteerde dit zelf kan doen tijdens zijn leven. Als het gaat om verzet op grond van een commercieel belang spelen de handelsgebruiken een rol. Als de nabestaande respect heeft voor de overledene (en om dit zeker te stellen is er in art. 25a Aw een nauwe kring van familienabestaanden aangewezen en bijv. niet zomaar een groep erfgenamen), zal er een zekere drang bestaan om zich *niet* op commerciële portretrechtelijke grond te verzetten tegen de exploitatie, wel echter op ideële grond. Het portretrecht is er gewoon niet voor de commercie; ware dit zo, dan zouden bijv. de nabestaanden (en/of hun licentienemers) ex art. 25a Aw na de dood van de geportretteerde onderlinge concurrenten zijn (terwijl het juist de bedoeling is dat zij gezamenlijk en bloc - ook daarom was de kring van nabestaanden juist zo eng getrokken - opkomen voor de ideële belangen die verband houden met de overleden geportretteerde). Het merkenrecht en andere rechtsfiguren moeten (desgewenst) maar ingezet worden voor commerciële portretexploitatie (na de dood van de geportretteerde). *Hoe lang* de nabestaande ex art. 25a Aw (of zijn contractant-exploitant) zich kan verzetten tegen ongeautoriseerde exploitatie van het portret van de overledene moet duidelijk worden uit het (al dan niet) *redelijk* belang dat die nabestaande stelt, vgl. Brinkhof, Grosheide & Spoor, art. 25a-3. De exacte termijn is hier inderdaad onzeker, maar ook hier geldt hetgeen ik hiervoor aangaf. De termijn voor het beroep op een ideel belang door een nabestaande ex art. 25a Aw in verband met het portret van een overledene is gelijk aan de levenstermijn van die nabestaande. De lengte van die termijn is evenmin zeker als de levenstermijn van de (overleden) geportretteerde dit was; duidelijk is deze termijn echter wel. Nog zij vermeld dat Verkade zegt (Verkade 1996, p. 125) dat bijv. de in de praktijk voorkomende situatie waarin een behoeftige weduwe of opgroeiende kinderen de portretexploitatie van de overleden echtgenoot resp. vader (laten) voortzetten wél te denken geeft voor het portretrecht. Ik denk dat het huidige portretrecht hier op zich (juist) niet faalt. Moet het portretrecht herzien worden omdat optimale exploitatie van portretten van de geportretteerde na zijn of haar dood niet mogelijk is ten behoeve van financieel minderbedeelde nabestaanden? Ik denk dat als een dergelijke (portretrechtelijke) exploitatie onontbeerlijk is voor de nabestaanden, niet een herziening van het portretrecht maar een herziening van de sociale voorzieningen op zijn plaats is.

228 Vgl. noot 140 hierboven en zie hierna in 3.6.

229 *Elvis Presley*-arrest: zie noot 107 hierboven.

door een concurrent.²³⁰ Het is inmiddels overduidelijk dat exploitanten, als zij een sterkere positie willen hebben, moeten zorgen voor *goede* (licentie)contracten (inclusief volmachten).²³¹ De door Pinckaers gesuggereerde onduidelijkheid of onzekerheid m.b.t. exploitanten, nabestaanden en erven is *betrekkelijk*.²³² Een ongewenste situatie zoals Pinckaers bedoelt, is er m.i. evenmin. Het commerciële portretrecht heeft hetzelfde object als het ideële portretrecht: het portret. Zolang de positie van de ideël geportretteerde en de commercieel geportretteerde, evenals de sfeer waarin hun belangen spelen, niet duidelijk worden onderscheiden en daarbij de positie van de ideël geportretteerde niet wettelijk versterkt wordt, wordt door de niet-overdraagbaarheid en de niet-vererfbaarheid van het commerciële portretrecht een verdergaande uitholling van het ideël portretrecht, zoals aangegeven in 2.8 hierboven, in zekere zin geblokkeerd.²³³ De beperkt zelfstandige positie van de portretexploitant betekent eenzelfde voordeel voor het ideële portretrecht.

De aanleiding voor het ontwerpen van het recht op de persona is dus m.i. afwezig. Wat echter nog veel belangrijker is, is de *rechtvaardiging* van dit recht. De rechtvaardiging van het recht op de persona beïnvloedt ook andere vragen met betrekking tot dit recht en is dus ook bepalend bij de nadere vormgeving ervan. M.i. is juist Pinckaers' rechtvaardiging van zijn recht op de persona volstrekt ontoereikend. Pinckaers geeft zowel een morele rechtvaardiging als een economische. De morele rechtvaardiging is volledig gebaseerd op het *beginsel van persoonlijke autonomie*. Het is mij volstrekt onduidelijk hoe Pinckaers in verband met persoonlijke autonomie in de door hem bedoelde zin, kan spreken over een beginsel. De mens is zeker niet absoluut autonoom; ware dit zo, waarom bestaat er dan wetgeving? De mens is maar binnen bepaalde grenzen, beter gezegd *in zeker opzicht*, dus *relatief* autonoom. Het beginsel van persoonlijke autonomie in de zin waarin Pinckaers het bedoelt en waarop hij vervolgens zijn personarecht fundeert, bestaat eenvoudigweg niet.²³⁴ Als overigens dit beginsel zou bestaan, dan zou het m.i.

230 Verkade en Pinckaers verschillen van mening of het voor de licentienemer al dan niet mogelijk is in analogie met art. 27a Aw een schadevergoedingsactie in te stellen voor eigen schade. Verkade 1996, p. 125: een dergelijke mogelijkheid is construeerbaar; Pinckaers 1997, p. 50: een dergelijke mogelijkheid is uitgesloten (op grond van het *Elvis Presley*-arrest). Ik meen dat Pinckaers gelijk heeft, maar een soortgelijke positie voor de licentienemer kan m.i. verkregen worden door afspraken en volmachten.

231 Volgens Verkade kan de positie van de exploitant met verkregen licentie (en volmachten) onder omstandigheden zelfs nog sterker zijn dan de positie van de exploitant die een absoluut subjectief commercieel portretrecht heeft verkregen (Verkade 1996, p. 125; zie de aangehaalde tekst in noot 188 hierboven).

232 En beter gezegd: is *gunstig* (voor de ideël geportretteerde), vgl. noot 220 hierboven en zie verderop in deze paragraaf.

233 Zie hierna in deze paragraaf.

234 Daarom lijkt het wel of bij Pinckaers het personarecht voorop heeft gestaan en de legitimatie hiervoor erbij is gezocht. De opbouw van zijn dissertatie wijst ook in die richting. Overigens is het beginsel van (absolute) persoonlijke autonomie van de mens, van (volledige) zelfbeschikking van de mens in in geen enkele vorm ergens in een wet neergelegd (en voor het geval die wet dat wel zou doen, zou zij zichzelf ondermijnen). Dit in tegenstelling tot het aan het portretrecht ten grondslag liggende persoonlijkheidsrechtelijke privacybeginsel dat overigens m.i. in zekere zin kan gezien worden als een beginsel van *relatieve* persoonlijke autonomie, waaruit zekere *relatieve* zelfbeschikkingsrechten voortvloeien (art. 10, 11 Gw, art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR). Misschien wordt i.v.m. het beginsel van persoonlijke autonomie in de zin waarin Pinckaers dit opvat nog gedacht aan de rechtsfiguur *eigendom*. Dit terecht, want inderdaad komt deze figuur zeer dicht in de buurt van een volledig zelfbeschikkingsrecht. Echter ook aan de eigendom zitten grenzen: ge- of verbruik mag, misbruik niet. Nog iets anders: als ieder mens het recht heeft om zijn eigen persona te ontwikkelen en zelf mag beslissen of en, zo ja, hoe aspecten van zijn persona aan de rest van de wereld worden getoond, dan kunnen hoofdstuk 9 en 10 van Pinckaers' dissertatie (handelend over 'integration of free speech principles') m.i. geschrapt worden. In het portretrecht lag tot het *Ferdi E.*-arrest opgesloten dat als het belang ex art. 21 Aw eenmaal redelijk is, de uitsingsvrijheid moet terugtreden op grond van het belang van de bescherming van de persoonlijke integriteit van de geportretteerde, vgl. in 2.8 hierboven, met name noot 125 aldaar. Verder lijkt mij de constante jurisprudentie tot nu toe op grond waarvan politici uit hoofde van hun functie geacht worden hun portret niet te exploiteren (zie bijv. r.o. 5.2 van het in noot 66 hierboven genoemde *Balkenende*-arrest) op zich niet onrechtvaardig, maar in het licht van Pinckaers' zelfbeschikkingsrecht zeer onrechtvaardig. Interessant is in dit verband dat Pinckaers zelf (na het

ook volstaan. Waarom geeft Pinckaers dan nog een tweede rechtvaardiging van economische aard?²³⁵ Ook deze economische rechtvaardiging faalt echter m.i., nog afgezien daarvan dat een economische rechtvaardiging juist hier, waar zoveel morele aspecten spelen, zeker geen gelding mag hebben dan nadat vaststaat dat de bedoelde economische ontwikkeling gewenst is. Volgens Pinckaers zal het personarecht bijdragen aan een efficiënte allocatie en efficiënt gebruik van een schaars goed: de persona van de mens. De persona van de mens *was* een schaars goed, o.a. dankzij de defensieve werking van het portretrecht. Maar nu in het portretrecht en elders een commerciële factor is binnengeslopen en commerciële exploitatie van elementen van de menselijke persoon een gegeven is (en daar haakt de dissertatie van Pinckaers juist op in), betwijfel ik of de persona van de mens werkelijk nog een schaars goed is (en dat zij dit na introductie van het personarecht niet meer zal zijn na verloop van tijd, staat vast). Daarenboven laat de praktijk zien dat elementen van de menselijke persoon nu ook goed geëxploiteerd kunnen worden.^{236, 237}

In het bovenstaande werd duidelijk dat er onvoldoende aanleiding bestaat tot introductie van Pinckaers' personarecht en dat een rechtvaardiging ervan ontbreekt. In het vervolg van deze paragraaf zal ik duidelijk maken dat het introduceren zelf van het personarecht en het daarnaartoe werken door rechter en wetgever, volledig in de lijn ligt van de negatieve ontwikkeling als geschetst in 2.8 hierboven: een steeds verdergaande uitholling van het ideële portretrecht. Evenmin als de Commissie Portretrecht onderkent Pinckaers de in 2.8 hierboven geschetste problematiek. Zijn personarecht is er alleen voor commerciële belangen; voor een verbetering van de exploitatie van het portret (en andere persoonskenmerken). Het voorstel van Pinckaers is dan ook te zien als het ontwikkelings*resultaat* van de negatieve ontwikkelingen geschetst in 2.8; een verbetering van de portretrechtelijke situatie behelst het daarmee geenszins. In het hierna volgende zal ik dit trachten te verduidelijken. Het ideële portretrecht krijgt met het personarecht *niet de plaats welke hem toekomt*. Het personarecht heeft een negatieve uitwerking op het ideële

personarecht en het achterliggend zelfbeschikkingsrecht volstrekt onwaarschijnlijk te hebben gemaakt i.v.m. de uitingsvrijheid) nog een uitzondering op het personarecht creëert voor gebruik van de persona van politici in verband met semi-mediaproducten.

235 Pinckaers legt zelf overduidelijk het meeste nadruk op het beginsel van de persoonlijke autonomie en niet op de economische fundering. Gezien het voorgaande komt echter feitelijk alle gewicht te liggen op de economische fundering. Mulder, de enige die bij mijn weten tot nu toe zich gewaagd heeft aan een aanval op het recht op de persona, zegt i.v.m. de rechtvaardiging van het personarecht o.a. het volgende (Mulder 1998, p. 3-4, noot 21): '(...) Wel ben ik van mening dat de argumentatie die Pinckaers voor zijn personarecht geeft bij elkaar genomen geen hechte theoretische fundering vormt en eerder lijkt op een ad hoc argumentatie die zijn personarecht legitimatie moet verlenen. De praktische en economische argumentatie klinkt door de persoonlijkheidsargumentatie heen. Hierdoor bevat het personarecht verschillende elementen van diverse argumentaties en faalt het een eenduidige achterliggende gedachte te presenteren.'

236 Als Pinckaers meent dat dit meer en beter zal gaan met het recht op de persona en tegelijkertijd hiervoor een *economische* rechtvaardiging geeft, beschuldig ik hem van een cirkelredenering, juist zoals hij die zelf aanwijst in het voorstel van de Commissie Portretrecht, zie Pinckaers 1997b, p. 50.

237 In dit verband verdient nog opmerking dat juist door de 'alomvattendheid' van het personarecht, dit recht waarschijnlijk maar weinig zal worden overgedragen en de licentie daarom wéér op de voorgrond treedt met al haar zogenaamde handicaps. Het commerciële portretrecht van de Commissie Portretrecht werd een 'tamelijk dode mus' genoemd omdat het geen fysionomierecht was (zie noot 158 hierboven en vgl. Pinckaers 1997b, p. 50: 'Het doel wordt dus niet gehaald, omdat de exploitant door de overdracht niet in een sterkere positie komt ten opzichte van concurrenten die andere portretten van diezelfde persoon exploiteren.'). Zullen met het personarecht van Pinckaers, dat wel een soort fysionomierecht is (en meer dan dat), echter niet precies dezelfde zgn. exploitatieproblemen welke er nu zijn, terugkeren? Nu moet de exploitant alles door contracten en volmachten oplossen ('het portretrecht is immers niet overdraagbaar'); moet hij dat straks echter ook niet ('het personarecht wordt - helaas - niet overgedragen')? Nog wil ik opmerken dat de *vererfbaarheid* van het personarecht m.i. aanleiding geeft tot veel exploitatieproblemen (wie erft het - ondeelbaar? - recht; de overdracht na de dood op een derde; de onderlinge verhouding van de erfgenamen; de verhouding tot de exploitant die het personarecht post mortem exploiteert).

portretrecht wegens *de bijna volkomen commerciële inslag*. De *verbreding* van het portretrecht richting personarecht tast het karakter van het portretrecht aan.

Uitgangspunt voor de ontwikkeling van Pinckaers' personarecht is o.a. het commerciële portretrecht zoals dit op basis van art. 21 Aw tot ontwikkeling is gekomen. Pinckaers beziet dit commerciële portretrecht los en gescheiden van het ideële portretrecht. Het ideële en het commerciële portretrecht kunnen tot op zekere hoogte gescheiden worden gezien²³⁸, maar niet voor honderd procent, omdat het object van het ideële en commerciële portretrecht hetzelfde is, namelijk het portret.²³⁹ Pinckaers cijfert het ideële portretrecht praktisch volledig weg en alleen op die manier is het voor hem mogelijk het personarecht gestalte te geven. Het personarecht van Pinckaers is blijkbaar slechts bestaanbaar als de ideële belangen van de persona weggedacht worden.²⁴⁰ Dit is echter ontoelaatbaar.²⁴¹ Ook wordt er bij het ontwerp van het personarecht geen of onvoldoende rekening mee gehouden dat het commerciële portretrecht weliswaar *betrekking heeft op het portret* maar in feite geen portretrecht *is*: het is een vorm van prestatiebescherming welke onder de mantel van art. 21 Aw is verleend, vervolgens het ideële portretrecht heeft ontmanteld en nu de mantel van art. 21 Aw van zich wil afschudden omdat deze te nauw is.²⁴²

238 Een nadrukkelijk onderscheid is juist gewenst en noodzakelijk, wil de persoonsbeschermende functie van het (ideële) portretrecht boven water kunnen worden gehouden, zie in 3.2 hierboven.

239 Zie in 3.2 hierboven. Dus wat er moet gebeuren is de ideële *belangensfeer* en de commerciële *belangensfeer* scheiden en dit kan door de ideël geportretteerde en de commercieel geportretteerde te scheiden. Het is aan de rechter om (liefst aan de hand van objectieve omstandigheden) na te gaan wat voor een persoon er *werkelijk* voor hem staat, waar het de persoon die voor hem staat *werkelijk* om gaat. Waar ik in deze scriptie spreek over 'de ideël geportretteerde' bedoel ik daarmee hij/zij die zich op grond van een ideël belang beroept op het portretrecht, waar ik in deze scriptie spreek over 'de commercieel geportretteerde' bedoel ik daarmee hij/zij die zich op grond van een commercieel belang beroept op het portretrecht. Het is uitgesloten dat iemand voor één en dezelfde casus tegelijk ideël geportretteerde en commercieel geportretteerde is. Wat wél mogelijk is, is dat een en dezelfde persoon in de ene casus ideël geportretteerde is en in de andere casus commercieel geportretteerde (zie verderop in deze paragraaf).

240 Vandaar ook weer uitzonderingen, zoals het (morele) 'herroepingsrecht' (dat in het personarecht geïntegreerd moet worden of er in ieder geval altijd bijhoort), zie Pinckaers 1996, p. 273-274.

241 Om die belangen ging het nota bene juist in het portretrecht. Hoe meer iemand zijn of haar portret exploiteert en in het publiek zijn of haar gezicht laat zien, des te moeilijker in veel gevallen een succesvol beroep wordt op het ideële portretrecht (de ideël geportretteerde kan dus *op zich* ook, vgl. noot 168 hierboven, gemakkelijk in een negatieve spiraal terecht komen; Vedder & Van der Wees 2007, p. 5 tonen deze negatieve spiraal aan voor de bescherming van burgerprivacy tegenover overheidsbevoegdheden, maar hetgeen zij zeggen is analoog van toepassing op bescherming van de geportretteerde tegen ongewenste portretpublicatie). Inderdaad kan men zijn persona dus omzetten in geld. Dit gaat echter maar tot op bepaalde hoogte (ofschoon die hoogte misschien hoog kan zijn): het is onmogelijk om zichzelf of een ander mens *volledig* tot commercieel object te degraderen. *Zou* dat kunnen, dan zou de persoonlijke integriteit waar het ideële portretrecht op is gefundeerd geen fundering zijn. Vgl. ook noot 177 hierboven. Het praktisch *volledig* wegdenken van immateriële belangen met het oog op een materieel voordeel ('de mens als product') is m.i. kenmerkend voor de Amerikaanse cultuur, maar strijdig met de onze. Er is hier sprake van een typisch verschil tussen het common-law-stelsel en het civil-law-stelsel, vgl. ook Corbet 1997, p. 14. Het right of publicity kan dus zeker geen vertrekpunt zijn voor de verdere ontwikkeling van het commerciële portretrecht. Overigens is in de V.S. het right of publicity ontstaan uit het right of privacy en geldt ook daar nog altijd hetgeen het Restatement of Unfair Competition (Third) § 46 Comment g uitdrukkelijk bepaalt: 'However, the assignment of the right of publicity transfers only the right to exploit the commercial value of the assignor's identity; the personal interests under the right of privacy are not transferable, and thus invasions of those rights by third persons remain actionable by the assignor.' Vgl. in dit verband ook Gauß 2004, p. 566: 'Der Schutz vor ideellen Beeinträchtigungen besteht insbesondere auch dann fort, wenn der Verletzte in die Verwertung seiner Person zugestimmt hat, da sonst der Persönlichkeitsrechtlicher Schutz völlig ausgehöhlt und die Gründe für die Entwicklung des Right of Publicity ad absurdum geführt würden.' Vgl. verder hetgeen het Restatement of Torts (Second) § 652c nog altijd bepaalt: 'One who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy.' Nog dient hier vermeld dat in de V.S. op het punt van het privacygrondrecht wordt gewerkt met de doctrine van de *reasonable expectation of privacy*, waardoor privacybelangen in veel gevallen probleemloos ten onrechte worden weggecijferd.

242 Zie 2.8 hierboven. Zie in dit verband ook Oppenoorth 1986, p. 88: "Het 'redelijk belang' omvat nu naast het privacy-belang het daaraan wezensvreemde publicity-belang. Voor het beschermen van dat laatste belang is de weg van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet aangewezen. *Bij te weinig nadrukkelijk onderscheid* (cursivering: CDMMS) zal onwillekeurig de oorspronkelijke persoonsbeschermende functie vervagen. En andersom zou een persoonlijkheidsbelang wel heel gemakkelijk als een publicity-belang kunnen gaan worden voorgesteld." Inderdaad is het portretrecht 'ontpersoonlijkt' en uitgehold ten voordele van de commercie (en de 'ontmoedigde' ideël geportretteerde gaat zich daarom mogelijk als commercieel geportretteerde gedragen). Het publicitybelang is dus vaak als persoonlijkheidsbelang voorgesteld; het omgekeerde is echter uit de aard der zaak niet gebeurd. Wat betreft het publicity-belang onder de mom van het privacy-belang: zie nog Haec 1999, p. 347, waar gesproken wordt over het commerciële effect van het ideële portretrecht. Het lijkt positief voor de ideël

Omdat het object van het personarecht (mede) hetzelfde is als het object van het ideële portretrecht zal de introductie van het personarecht (als ‘opvolger’ van het commerciële portretrecht) de belangen van de ideëel geportretteerde nog verder verdringen. Als het mogelijk is dat portretten in het vervolg voor honderd procent en in alle omstandigheden koopwaar zijn, wat is het ideële belang van degene die zich op het portretrecht beroept dan nog waard? Het ideële portretrecht *veronderstelt* juist dat er belangen zijn *die financieel onherstelbaar zijn*. Het ideële portretrecht zal dus zijn eigen identiteit verliezen (in zoverre dit niet al is geschied). Daarnaast is er uiteraard, vanwege het overeenkomende object van personarecht en ideëel portretrecht, nog een reflexwerking te verwachten van het personarecht die het ideële portretrecht nog verder uit zal hollen en de honoreerbaarheid van een beroep op dat portretrecht verder zal doen afnemen: de tendens om zich met zijn persoonskenmerken te manifesteren in de samenleving en de wettelijk geregelde ‘beloning’ hiervoor staat haaks op de tendens waar het ideële portretrecht bij aanknoopt.²⁴³

Het personarecht van Pinckaers ligt in de lijn van de ontwikkeling van het commerciële portretrecht. Het is te zien als een aantrekkelijk commercieel portretrecht, verbreed en met faciliteiten. Het personarecht is er niet alleen voor personen met verzilverbare populariteit maar voor eenieder. Omdat de prestatieratio achter het commerciële portretrecht wordt weggenomen, krijgt het commerciële portretrecht betekenis voor de *gehele* samenleving, gaat het een rol spelen in *alle* belangensferen en zal ook het aantal mensen dat zich beroept op een commercieel belang bij portretpublicatie stijgen. De praktische betekenis van het ideële portretrecht, dat er sowieso is voor *eenieder*, zal daar echter bij inboeten. Hoe meer commercieel geportretteerden er zijn in een samenleving, des te minder ideëel geportretteerden er zullen zijn.²⁴⁴ Bij één bepaalde portretpublicatie zal óf een ideëel belang gesteld worden óf een commercieel belang. Cumulatie

geportretteerde dat enkele associatie met een product of dienst (reclame) in beginsel steeds kan worden tegengegaan (zie hierboven 2.4 derde alinea), maar dat is het maar tot op bepaalde hoogte. Hier zit een enorm probleem en daarom had de rechter m.i. de afgelopen decennia veel voorzichtiger moeten zijn en hier niet zomaar een soort zelfbeschikkingsrecht voor de ideëel geportretteerde moeten creëren. We zitten hier namelijk precies op een terrein waar ook de commercieel geportretteerde zijn spel speelt: in de commerciële reclame ontmoeten het ideële en het commerciële portretrecht elkaar. Het ideële portretrecht is er echter voor *iedereen*, het commerciële portretrecht echter is er maar voor een beperkte groep. Wat gebeurde/gebeurt er nu in de rechtspraktijk? De commercieel geportretteerde die wegens gemis aan verzilverbare populariteit geen succesvol beroep op het commercieel portretrecht kan doen, doet zich bij reclame, ofschoon hij in feite slechts een materieel belang heeft, voor als een ideëel geportretteerde, stelt dus een immaterieel belang (‘ik wens geen associatie met dit product of deze dienst’) en de financiële vergoeding ligt ipso facto gereed. Dit misbruik van het ideële portretrecht, waardoor het wordt uitgehold en aan betekenis inboet, is en wordt in de rechtspraak niet tegengegaan.

243 Wel dient opgemerkt dat het niet zo is dat het ideële en het commerciële portretrecht in het algemeen zuiver tegengestelde belangen vertegenwoordigen, vgl. Gerbrandy 1988, p. 281. Zoals gezegd, ook in het commerciële portretrecht gaat het de geportretteerde net als in het ideële portretrecht erom dat zijn persoon *exclusief* blijft, echter *niet om de persoon zelf* maar om de daaraan verbonden goodwill. Pas als de verschillende belangen welke de twee takken van het portretrecht vertegenwoordigen, worden geëxtrapoleerd ontstaat er een tegenstelling: in het ideële portretrecht de tendens om portretpublicatie zoveel mogelijk te *verhinderen*, in het commerciële portretrecht de tendens om portretpublicatie zoveel mogelijk te *bevorderen*. De ideëel geportretteerde is te vergelijken met een verdediger in het voetbalspel welke niet meer en niet minder dan zijn functie vervult en op die manier de bal uit zijn doel houdt. De commercieel geportretteerde daarentegen is te vergelijken met een verdediger die uit zijn rol valt als het voordeel dat dit hemzelf oplevert in zijn eigen ogen groter is dan het nadeel dat erdoor wordt teweeggebracht. Dat daardoor van tijd tot tijd de bal ook eens in het doel van zijn eigen partij terechtkomt buiten zijn wil om, dat neemt hij voor lief. Als echter *alle* spelers zo gaan spelen of daartoe aangemoedigd worden en dus uit hun eigenlijke rol vallen, dan verandert het voetbalspel in een andere sport. Het lijkt mij passend dat de commercieel geportretteerden het veld verlaten en hun spel voortzetten op een ander apart veld, dat daartoe is ingericht en waar eigen regels gelden.

244 Alles per tijdsfeerheid. De ideëel geportretteerde kan in die hoedanigheid onmogelijk commercieel geportretteerde zijn en andersom. Het ideëel geportretteerde zijn of commercieel geportretteerde kan echter wisselen *per bepaalde portretpublicatie*.

van de twee rechtsgronden voor het redelijk belang ex art. 21 Aw is uitgesloten.²⁴⁵ Door de vermeerdering van het aantal commercieel geportretteerden wordt door de samenleving als geheel het ideële belang van de geportretteerde in zekere zin gerelativeerd en dit enkel en alleen vanwege een toename van geldelijk gewin. Pinckaers' voorstel heeft te weinig oog voor de ideële geportretteerde en houdt er geen rekening mee dat de positie van de ideële geportretteerde in de huidige samenleving in een negatieve spiraal zit.²⁴⁶ De instelling van het portretrecht is er echter juist voor de ideële geportretteerde en wil *deze* begunstigen.

Om af te sluiten betreffende het personarecht van Pinckaers, zet ik in deze en de volgende alinea uiteen dat een verbreding van het *object* van het portretrecht niet wenselijk is: het is beter dat niet toegewerkt wordt naar een personarecht, maar juist teruggewerkt wordt naar een enger portretbegrip. Pinckaers zegt (herhaaldelijk) dat het object van zijn personarecht een 'specific intangible good', een *specifiek* immaterieel goed is.²⁴⁷ Dit is echter niet waar. Het object van het personarecht, de persona, is niet specifiek, daar waar het object van het portretrecht, het portret, dit juist wél was. Zoals gezegd wordt onder de persona verstaan: alle symbolen, zoals de naam, het uiterlijk, de stem, de handtekening en andere onderscheidende kenmerken *waardoor een bepaalde persoon herkenbaar wordt*. Nu veronderstelt *herkenning* van iemand of iets een bepaalde mate van voorafgaande *bekendheid* daarmee; deze (algemene) bekendheid wordt eerder aangenomen naarmate de te herkennen persoon of het te herkennen voorwerp meer uniciteit geniet. Bij iemand of iets dat volstrekt uniek is, zal de mogelijke herkenning daarvan zonder meer worden aangenomen; in een dergelijk geval wordt de kennis met de betreffende persoon of zaak eenvoudigweg bij iedereen vóórondersteld. Nu is het algemeen bekend dat de mate van uniciteit van een portret behoorlijk groot is, anders zou bijv. een pasfoto geen onderdeel zijn van identiteitskaarten. Het object van het recht op de persona is in tegenstelling tot het object van het portretrecht vaag. Omdat Pinckaers *alle* (onstoffelijke) elementen waardoor een bepaalde persoon herkenbaar wordt tot object van het recht op de persona maakt, wordt de grote vraag: herkenbaar *door wie?*²⁴⁸ Met andere woorden: door naast rechten op het portret ook rechten op alle andere persoonskenmerken te creëren, sluipt er een *subjectief* criterium binnen betreffende het object waar de rechten op bestaan. Omdat een portret nogal uniek is, is in het portretrecht herkenning

245 Deze twee rechtsgronden zijn hierboven in 2.5 (eerste alinea) tegenover elkaar gezet. Voorbeelden van cumulatie van de twee rechtsgronden in een bepaalde casus komen in de jurisprudentie *niet* voor. Bij Spoor, Verkade & Visser 2005 op p. 316 wordt gezegd dat de twee rechtsgronden wél kunnen cumuleren in een concreet geval. Dit klopt niet. Cumulatie is onmogelijk wegens de onverenigbaarheid van het karakter van het ideële en het commerciële portretrecht: degene die zich beroept op het commerciële portretrecht geeft daarmee aan dat hij niet principieel tegen de portretpublicatie is.

246 Zie noot 168 hierboven en vgl. noot 125 hierboven.

247 Pinckaers 1996, p. 265-266; Pinckaers 1997a, p. 181; Pinckaers 1997b, p. 51; Pinckaers 1998, p. 22.

248 Pinckaers houdt m.i. de boot gewoon af door de *herkenbaarheidstest* qua ontwikkeling en invulling aan de rechtspraak over te laten. Waarschijnlijk zal de rechter, na ontdekt te hebben dat de uitslag van de test bij een collega anders uitvalt, gaan spreken over herkenning *bij het publiek* (Pinckaers begint hier zelf al over, zie Pinckaers 1997b, p. 52). Wie is het publiek? Hoe breed moet dit publiek zijn en wat voor soort publiek? Moet de herkenning er werkelijk (geweest) zijn of is veronderstelde herkenning voldoende? Verandert het publiek van geval tot geval? Wat zijn nu eigenlijk de exacte criteria (en de uitzonderingen daarop) voor de bepaling van het aan de orde zijnde publiek? En hoe krijgt de rechter zekerheid erover of dat de (veronderstelde) herkenning bij dat publiek al dan niet aanwezig is? Dat we hier in een subjectieve wereld terecht komen en ook steeds blijven, dat dringt m.i. niet door tot Pinckaers. Uiteindelijk zal het oordeel van de rechter of het persoonskenmerk herkenbaar is toch *objectief* moeten zijn of tenminste lijken. Afgezien van dit alles, lijkt mij Pinckaers' herkenbaarheidstest sowieso geen passende taak voor de rechter, en kan er voor de uitvoering van die herkenbaarheidstest misschien beter een team van herkenningsexperts verbonden worden aan de rechtbank (de genoemde problemen komen echter terug).

door één gewoon voldoende²⁴⁹; hier *mag* worden aangenomen (eventueel in strijd met de werkelijkheid) dat de herkenning ook bij alle anderen aanwezig was, is of zal zijn. Kortom: bij verbreding van het portretbegrip, neemt de rechtszekerheid af.

De verbreding van het commerciële portretrecht richting personarecht komt het ideële portretrecht ook in ander opzicht niet ten goede. Dit heeft te maken met de aan het commerciële portretrecht (en het personarecht) inherente reflexwerking op het ideële portretrecht. De verbreding van het commerciële portretrecht tot een recht dat naast het portret tevens andere manifestaties van iemands persoon exclusief tracht te houden of te beschermen, zoals het door Pinckaers voorgestelde recht op de persona, zal uitpakken als een verzwakking van de kracht welke het ideële portretrecht behoort te bezitten. Alles wat met de menselijke persoon te maken heeft, verdient een zekere bescherming en als die verleend wordt, is dat zeker positief. Maar resulteert een (tendens tot een in theorie inroepbare) bescherming van *alle* elementen van de persona niet in een onderbescherming (in de praktijk) van de *belangrijkste en meest bescherming behoevende* elementen? Dit lijkt mij nogal waarschijnlijk.²⁵⁰ Als op een prijsuitreiking na een wedstrijd niet alleen de eerste, tweede en eventueel derde winnaar een eerste, tweede respectievelijk derde prijs krijgen, maar elk van de deelnemers krijgt een (soortgelijke) prijs, dan daalt de prijs voor de eerste winnaar niet alleen in waarde²⁵¹, maar ook de eerste winnaar zelf daalt in achting en men kan zich zelfs afvragen of er nog wel sprake is van een wedstrijd. Alle elementen van een persona genieten uiteraard een zekere uniciteit en alle elementen van een persona zijn uiteraard kwetsbaar. Ik denk echter dat het portret behoort tot de meest unieke en tegelijk meest kwetsbare elementen van de persona en daarom belangrijker is en meer bescherming behoeft en verdient dan vele andere elementen van de persona.²⁵² De wetgever van 1912 dacht hier blijkbaar ook zo over en heeft art. 19-21 Aw in het leven geroepen. Ook voor de naam bestaat een speciale regeling²⁵³, maar bijvoorbeeld voor de bijnaam en voor de stem niet.²⁵⁴

249 Vgl. noot 21 hierboven. Als de rechter de eiser die voor hem staat of waarvan hij een foto heeft, herkent in de gewraakte portretpublicatie, volstaat dit. Bij een meervoudige kamer zal onenigheid in de meeste gevallen uitblijven.

250 Bockwinkel en De Winter (Bockwinkel & De Winter 1997, p. 131) vragen zich af of de erkenning van het recht op de persona geen *overbescherming* met zich mee brengt: dat kan dus m.i. wel vergeten worden.

251 Aangenomen dat het budget voor de wedstrijd in beide gevallen hetzelfde is: het Nederlandse rechtsapparaat behoudt dezelfde capaciteit en de 'hoeveelheid' recht die bij de rechter kan worden 'gehaald' blijft dus hetzelfde.

252 Bij deze alinea dient nog te worden opgemerkt dat het voorstel van Pinckaers suggereert dat het aantal (onstoffelijke) elementen van de persona schier oneindig is. Ik vraag mij af of dit echt zo is. In theorie is het aantal (onstoffelijke) dingen waardoor een bepaalde persoon herkenbaar kan worden inderdaad onbeperkt. Maar praktisch bezien: is iemand in het dagelijks verkeer bijv. herkenbaar aan zijn vingerafdruk? Maar hier komen we weer bij het onderwerp uit de vorige alinea. In ieder geval valt op dat Pinckaers steeds ongeveer hetzelfde rijtje gebruikt dat er tamelijk eindig uitziet en dit rijtje in een context heeft geplaatst die de eindigheid van dat rijtje schijnt te hebben willen opheffen. Pinckaers 1996, p. 36: '... indicia that identify the plaintiff, such as his name, nickname, likeness, distinctive voice, signature, typical objects, or characterization (cursivering geciteerde tekst) ...'; p. 265 '... all symbols or indicia which identify a unique human being. These symbols include the name, likeness, voice, signature, character and other distinctive indicia by which a specific person is identified ...'; p. 426 'Examples of such symbols are the name, nickname, likeness, voice, typical objects, or a characterization which identify a specific person.'

253 Art. 1:8 BW; of deze regeling voldoet is een andere kwestie, vgl. Pinckaers 1996, p. 191-194. Zie ook: Van Engelen 1994, p. 276-278.

254 En als bijv. voor de stem een beschermingsregeling om de een of andere reden echt wenselijk is en wordt ontworpen, is dat prima maar dan moet daarom nog niet getornd worden aan het portretrecht. Ik ben het dus ten zeerste oneens met Grosheide & Mochel 1999, p. 345; de herkenbaarheid in de eerder genoemde portretdefinitie van de Commissie Portretrecht zou volgens hen uitgebreid moeten worden tot audiovisuele kenmerken zodat ook de stem bescherming geniet en ook zou het woord 'afbeelding' moeten worden vervangen door 'aanduiding'. Zij zetten hun mening kracht bij door aan te geven het in het merkenrecht thans ook mogelijk is om zowel gezicht als stem te deponeren als beeld- en klankmerk. De ontwikkeling in het merkenrecht mag er zijn, maar is juist een reden te meer om van het portretrecht af te blijven.

Als hier onrechtmatigheden mee worden uitgehaald moet art. 6:162 BW uitkomst bieden. Het lijkt mij dus beter voor de meest kwetsbare onderdelen van de persona (de kwetsbaarheid kan vergroot of verkleind worden door o.a. technische ontwikkelingen) verschillende specifieke regelingen te verschaffen. Op alle slakken zout leggen is niet altijd verstandig en bovendien moet er - om in deze beeldspraak te blijven - op sommige slakken geen zout, maar bijvoorbeeld peper worden gelegd: de verschillende elementen van de persona vereisen elk een eigen benaderingswijze en een daarop toegesneden regeling. Als alles over één kam wordt geschoren, dan verliest het recht zowel zijn kracht als zijn aanpassingsvermogen.

In deze paragraaf bleek dat het voorstel van Pinckaers geen verbetering betekent voor het huidige Nederlandse portretrecht. Ik sluit deze paragraaf af met een suggestie voor de toekomst van het Nederlandse portretrecht. Duidelijk is geworden in dit en het voorgaande hoofdstuk dat de open norm in art. 21 Aw ('redelijk belang') debet is aan de enorme uitholling van het portretrecht. Daarom pleit ik voor een soort (wettelijk vormgegeven) 'Recht am eigenen Bild'.²⁵⁵ Dit 'Recht am eigenen Bild' moet eerst geplaatst worden en gelding hebben binnen een algemeen ethisch kader²⁵⁶ dat bepaalde portretpublicaties sowieso, onafhankelijk van de wensen van de geportretteerde, uitsluit. Wat verder belangrijk is, is dat dit 'Recht am eigenen Bild' moet worden vormgegeven als een recht voor de geportretteerde om *zich te weren tegen* portretpublicatie en vooral niet (de term 'Recht am eigenen Bild' kan hiertoe namelijk aanleiding geven) als een recht voor de geportretteerde om portretpublicatie *naar wens te sturen*. Deze tweede vormgeving zou namelijk zoals we zagen in deze scriptie een averechts effect hebben op de bescherming van het immateriële portretrechtelijk belang. Het recht om portretpublicatie naar wens te sturen, om portretten te exploiteren, mag en moet ook zeker bestaan, maar moet ingeperkt worden en in die sfeer blijven waar het eigenlijk thuishoort, d.w.z. de handelssfeer. M.i. kan het in de handelssfeer bestaande *merkenrecht* een goed kader verschaffen voor het commerciële portretrecht.²⁵⁷ Wat betreft het door mij voorgestane 'Recht am eigenen Bild': dit heeft in tegenstelling tot het huidige art. 21 Aw de merite dat het principe is dat het portret niet mag gepubliceerd worden dan met toestemming van de geportretteerde. Er zou m.i. moeten worden onderscheiden tussen expliciete en impliciete toestemming. Voor welke gevallen impliciete toestemming volstaat, zou bepaald

255 Een soort personarecht, maar dan (alleen) voor *ideële* belangen. Ik gebruik de Duitse term 'Recht am eigenen Bild' omdat deze aangeeft dat de *toestemming* van de geportretteerde een belangrijke rol speelt. Art. 22 van de Duitse auteurswet (KUG) luidt: 'Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte und die Kinder des Abgebildeten, und wenn weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.' De grote uitzondering hierop wordt gevormd door art. 23 KUG krachtens welke bij 'Personen der Zeitgeschichte' (absolute/relative) geen toestemming is vereist. Ook in Duitsland heeft een grootschalige uitholling van het portretrecht plaatsgevonden, ook hier middels de uitingsvrijheid en via een in het portretrecht binnengeslopen commerciële factor. Verdere literatuur betreffende het Duitse portretrecht: Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 316; Beunen 1997, p. 178-185 en 188-189; Hubmann/Rehbinder 1998, p. 334-340; Helle 1991, p. 45-228; Pieroth & Schlink 1994, p. 98-99; Nordemann, Vinck & Hertin 1994, p. 137 -140; Schricker 1987, p. 750-798; Legler 1998; Fricke 2003; Gauß 2004; Boeckh 2001.

256 Gebaseerd op de Tien Geboden.

257 Dit vermoed ik omdat ik in deze scriptie constateerde dat er meerdere factoren zijn die een ontwikkeling van het huidige commercieel portretrecht richting merkenrecht aangeven. Verder is het zo dat de definitie van (de inhoud van) Pinckaers' personarecht in de buurt komt van de bescherming welke het merkenrecht voor een portretmerk verschaft of kan verschaffen. Zoals gezegd is nader onderzoek hier echter op zijn plaats.

moeten worden, evenals de nadere criteria ter vaststelling of impliciete toestemming al dan niet aanwezig is.²⁵⁸ Bij de vaststelling of de impliciete toestemming er al dan niet is, zou de publicatiecontext m.i. een beslissende rol moeten spelen. Tot slot: in het door mij voorgestelde systeem zou het de taak van de rechter zijn om goed na te gaan waar het de rechtzoekende eigenlijk om gaat, wat voor een persoon hij voor zich heeft. Het ‘Recht am eigenen Bild’ zoals hierboven aangegeven is er alleen voor *de ideëel geportretteerde*.²⁵⁹

3.5 Van Engelen: wijziging art. 3:83 BW

Na in de voorafgaande paragrafen van dit hoofdstuk achtereenvolgens het initiatief van de Commissie Portretrecht en dat van Pinckaers te hebben behandeld, behandel ik in deze en de volgende paragraaf het initiatief van Van Engelen betreffende art. 3:83 BW. Van Engelen heeft een wijziging van art. 3:83 BW voorgesteld en deze o.a. ook op het portretrecht betrokken. De wijziging zou volgens Van Engelen een verbetering betekenen (ook) voor het portretrecht. Het is echter met name juist de door van Van Engelen gelegde link met het portretrecht die, ofschoon in eerste instantie zonder directe betekenis, afkeurenswaardig is. Alvorens dit in de volgende paragraaf verder uiteen te zetten, geef ik eerst in deze paragraaf de zakelijke inhoud van het voorstel weer. Van Engelen heeft zijn voorstel tot wijziging van art. 3:83 BW uitdrukkelijk besproken als onderdeel van zijn dissertatie ‘Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten’ waarop hij in 1994 promoveerde aan de Universiteit van Leiden.²⁶⁰ Echter al in 1991 maakte Van Engelen zijn voorstel met betrekking tot art. 3:83 BW kenbaar, toen echter werd de link met het portretrecht door hem nog niet (publiek) gelegd.²⁶¹ In 2001 heeft Van Engelen het voorstel opnieuw kort aan de orde gesteld.²⁶² In 2003 is hij er nog eens, nu uitgebreid, op ingegaan.²⁶³

Art. 3:83 BW bepaalt in lid 1 dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich hiertegen verzet. Ingevolge lid 3 zijn alle andere rechten slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt. Dit derde lid heeft vooral gevolgen voor rechten op voortbrengselen van de geest.²⁶⁴ Wanneer er geen intellectuele eigendomswet bestaat die voorziet in de overdraagbaarheid van een bepaald vermogensrecht, is

258 De gevallen waarin impliciete toestemming volstaat evenals de bedoelde criteria zouden zo strikt mogelijk moeten worden bepaald (wetgever) en geïnterpreteerd (rechter); anders dreigt een uitholling als geschetst in deze scriptie (via het *redelijk belang* ex art. 21 Aw) wéér op te gaan treden, nu via de *impliciete toestemming*.

259 Natuurlijk is dit gemakkelijk gezegd, maar moeilijk handhaafbaar, want de commercieel geportretteerde kan zich voordoen als ideëel geportretteerde. M.i. zijn er steeds toch wel wat objectieve omstandigheden aan de hand waarvan dit kan worden doorzien: bijv. de soort publicatie en de context ervan, nagegaan kan ook worden of de betreffende persoon portretten voor commercieel gebruik leent of ooit geleend heeft en of er in dit verband contracten bestaan.

260 Van Engelen 1994, p. 325-331 en 438-440.

261 Van Engelen 1991.

262 Van Engelen 2001 (het portretrecht wordt erbij betrokken, zie p. 334 en 336-337).

263 Van Engelen 2003 (het portretrecht wordt op diverse plaatsen erbij betrokken). Deze paragraaf is gebaseerd op de in deze en de vorige drie noten genoemde werken.

264 Van Engelen 1991, p. 433. Het is overigens ook van belang voor de verhandelbaarheid van publiekrechtelijke vermogensrechten, zoals vergunningen, maar dit is irrelevant in het kader van deze scriptie.

dat vermogensrecht niet overdraagbaar.²⁶⁵ Deze regeling waarbij alle vermogensrechten buiten eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten slechts overdraagbaar zijn als de wet hierin voorziet, is met het nieuw burgerlijk recht in 1992 geïntroduceerd. Onder het oude BW gold het beginsel dat ieder subjectief vermogensrecht overdraagbaar is, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet. Van Engelen laat zien dat de oude regeling steeds naar tevredenheid heeft gefunctioneerd en dat er alles behalve zwaarwegende redenen bestaan voor wat hij noemt de ‘fundamentele breuk met het oude recht’.²⁶⁶ Hij toont aan dat de wijziging niet in de bedoeling van de wetgever heeft gelegen en een wetgevingstechnische vergissing is geweest.²⁶⁷

Van Engelen geeft aan dat er relatief veel immateriële goederen zijn, die van grote betekenis zijn in het rechtsverkeer, maar toch niet beschermd worden door middel van een intellectuele eigendomswet en die wegens art. 3:83 BW niet overdraagbaar zijn.²⁶⁸ De niet-overdraagbaarheid is volgens hem een flink probleem, zeker in de huidige samenleving.²⁶⁹ Praktisch bezien kan de rechthebbende het betreffende recht eenvoudigweg niet verkopen.²⁷⁰ Als er al een koop gesloten kan worden met betrekking tot het immateriële goed,²⁷¹ is de koopovereenkomst in ieder geval illusoir omdat de voorgeschreven overdracht niet uitgevoerd kan worden.²⁷² Zoals Van Engelen stelt, kan ‘het goederenrechtelijke effect van de overdracht niet gerealiseerd worden’.²⁷³ De onverkoopbaarheid van veel immateriële goederen betekent volgens Van Engelen een zinloze belemmering in het handelsverkeer, een nodeloze ‘beknotting van de mogelijkheden die een rechthebbende gewoonlijk heeft om de tot zijn vermogen behorende goederen te gelde te maken’ en een even nodeloze begrenzing van de rendabiliteit van het vermogen van de rechthebbende.²⁷⁴ Dit is echter niet het enige nadeel van het huidige art. 3:83 lid 3 BW. De rechten op immateriële goederen waarvan de overdraagbaarheid niet uit de wet blijkt kunnen ook niet bezwaard worden met een beperkt recht.²⁷⁵ De overdraagbaarheid is immers ingevolge art. 3:81 lid 1 BW een voorwaarde voor de vestiging van een beperkt recht. In

265 Van Engelen 1991, p. 433.

266 Van Engelen 1991, p. 431 en Van Engelen 1994, p. 325-326; in Van Engelen 2001, p. 333 wordt gesproken over een ‘koerswijziging’. In 3.6 hierna hoop ik duidelijk te zullen maken dat de bedoelde breuk geen fundamentele maar een meer technische breuk is en dat de bedoelde wijziging geen *koerswijziging* is.

267 Van Engelen 1994, p. 326-327; Van Engelen 2003, p. 3-4.

268 Van Engelen 1991, p. 433.

269 Van Engelen 2001, p. 333; Van Engelen 2003. Wel geeft Van Engelen aan dat de gevolgen van het niet-overdraagbaar zijn niet al te zeer gedramatiseerd dienen te worden. De omstandigheid dat een verbintenisrechtelijke constructie in veel gevallen een resultaat kan bewerkstelligen dat slechts marginaal verschilt met een overdracht, illustreert volgens hem overigens alleen maar het artificiële karakter van het uitsluiten van de overdraagbaarheid als zodanig. Zie Van Engelen 1991, p. 434 en Van Engelen 1994, p. 327-328.

270 Van Engelen 2003, p. 2-3, 10-12 en 135-136.

271 Gesteld kan namelijk worden dat een dergelijke overeenkomst nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 jo. 3:83 lid 3 BW.

272 De goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht is in ieder geval nietig (op grond van art. 3:40 lid 1/2 jo. 3:83 lid 3 BW).

273 Van Engelen 2003, p. 2-3.

274 Van Engelen 2003, p. 3. Volgens Van Engelen kan de rechthebbende zijn rechten die wegens art. 3:83 lid 3 BW niet overdraagbaar zijn, dus niet volledig gebruiken en te gelde maken. Vgl. ook Van Engelen 2001, p. 335, waar hij het heeft over de benadering van een overdracht door verbintenisrechtelijke constructies en laat zien dat economische eigendom nog geen juridische eigendom is en zie ook Van Engelen 2003, p. 12: ‘Kenmerkend verschil met de positie van de juridisch eigenaar is echter dat het desbetreffende goed uiteindelijk niet in het vermogen van de economisch eigenaar valt, maar in dat van de rechthebbende blijft. Indien die rechthebbende failliet blijft de economisch eigenaar c.q. gebruiker zitten met een vorderingsrecht op de boedel, maar dat zal hem veelal weinig soelaas bieden. Degene die weliswaar een groot bedrag heeft voldaan om gebruiksrechten c.q. het economisch voordeel van een bepaald goed te genieten, kan in veel opzichten met de rechthebbende c.q. eigenaar gelijkgesteld worden, maar uiteindelijk blijft hij dus zitten met een kredietrisico op zijn debiteur. Die onzekerheid voor de gebruiker drukt uiteraard de economische waarde van het gebruiksrecht.’

275 Van Engelen 1991, p. 434; Van Engelen 1994, p. 328-329 en 330.

de praktijk zou de onoverdraagbaarheid van de ‘andere rechten’ ex art. 3:83 lid 3 BW niet alleen een benadeling betekenen van de rechthebbende en van de ‘koper’, maar ook van investeerders en financiers en van crediteuren bij een faillissement.²⁷⁶ De onoverdraagbaarheid zou verder nadelig zijn voor het investeringsklimaat voor veel immateriële activa en Nederland tevens een nadelige concurrentiepositie opleveren, daar de ons omringende landen een beperking als die van art. 3:83 lid 3 BW niet als regel kennen.²⁷⁷ Verder betekent de onoverdraagbaarheid volgens Van Engelen onnodige rompslomp en kosten voor de rechtspraak.²⁷⁸

Van Engelen heeft nu voorgesteld om art. 3:83 BW als volgt te wijzigen. Lid 1 moet aldus geredigeerd worden: *vermogensrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet*. Lid 3 moet *vervallen*. Hierdoor wordt dus het *principe* dat alle vermogensrechten, inclusief alle intellectuele eigendomsrechten, overdraagbaar zijn. De *uitzondering* dat het recht niet overdraagbaar is, moet blijken uit de wet of is een gevolg van de aard van het recht. Door de voorgestelde wetswijziging zijn we weer terug bij hoe het vóór 1992 was en zouden de bovengenoemde problemen worden weggenomen. In 1997 heeft Brinkhof als regeringscommissaris voor boek 9 BW in zijn Tussenbalans zich aangesloten bij de kritiek op het regime van art. 3:83 (3) BW en in 2000 heeft ook de interdepartementale werkgroep ‘Verhandelbare Rechten’ in het kader van de operatie ‘Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit’ aanbevelingen gedaan in de richting van een wetsaanpassing à la Van Engelen.²⁷⁹ Enige tijd later heeft er ten departemente een concept-wetsvoorstel gecirculeerd tot wetswijziging in de zin van Van Engelen (het ‘Wetsvoorstel Verhandelbaarheid Vermogensrechten’).²⁸⁰ Vervolgens is er in 2001 een negatief advies met betrekking hiertoe verschenen van de Commissie Auteursrecht.²⁸¹ In 2003 heeft Van Engelen de Commissie Auteursrecht van repliek gediend en zijn voorstel in ere hersteld.²⁸²

Zoals gezegd brengt Van Engelen zijn voorstel in verband met de immateriële goederen die niet blijkens wettelijke bepaling overdraagbaar zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld om rechten voortvloeiend uit een octrooiaanvraag of kwekersrechtenaanvraag, om merkenrechtelijke voortgebruiksrechten, om slaafse nabootsingsrechten, om rechten inzake bedrijfsgeheimen en verder om diverse ongeschreven rechten van intellectuele eigendom.²⁸³ Onder deze ongeschreven rechten van intellectuele eigendom vallen volgens Van Engelen diverse vormen van prestatiebescherming. Tot de economische onderscheidingsprestaties die als ongeschreven rechten van intellectuele eigendom kunnen worden aangemerkt, rekent Van Engelen het (commerciële) *portretrecht*.²⁸⁴ Hier zit de portretrechtelijke relevantie van het voorstel van Van

276 Van Engelen 1994, p. 331; Van Engelen 2003, p. 39-41 en 136-140.

277 Van Engelen 1994, p. 329; Van Engelen 2003, p. 141-143 en 165-166.

278 Van Engelen 2003, p. 141 en 166.

279 Van Engelen 2001, p. 333; voor een uitgebreide versie van de geschiedenis van het voorstel tot wijziging van art. 3:83 BW en voor de verschillende opinies inzake het voorstel zie Van Engelen 2003, p. 4-8.

280 Van Engelen 2003, p. 7.

281 Advies van de Commissie Auteursrecht 2001.

282 Van Engelen 2003.

283 Van Engelen 2003, p. 165.

284 Van Engelen 1994, p. 46-51, 109-111, 210-214, 322-324 en 431-432.

Engelen waar het in het kader van deze scriptie om gaat. Volgens Van Engelen verhindert art. 3:83 lid 3 BW momenteel de overdracht van het (commerciële) portretrecht.²⁸⁵ Onder het oude recht vóór 1992 was volgens hem het (commerciële) portretrecht overdraagbaar. Als zijn voorstel doorgang vindt, zou het (commerciële) portretrecht weer overdraagbaar zijn.²⁸⁶

3.6 Evaluatie van art. 3:83 BW i.v.m. het portretrecht

Het voorstel van Van Engelen is louter en alleen op zich gezien een prima voorstel en Van Engelen moet op veel punten gelijk worden gegeven. Inderdaad valt geen eigenlijke reden aan te wijzen voor het gewijzigd regime van art. 3:83 BW sinds 1992. Als bepaalde immateriële goederen zonder aanwijsbare reden niet overdraagbaar zijn of vatbaar voor vestiging van een beperkt recht is dat inderdaad een probleem voor het handelsverkeer (zeker in de huidige economie waar rechten op onstoffelijke goederen een steeds groter wordende rol spelen) en levert dit werkelijk onnodige problemen en nadelen op in de rechtspraak zowel voor de rechthebbende zelf als voor potentiële kopers, exploitanten en financiers. Als er sprake is van een niet-overdraagbaar intellectueel eigendomsrecht en de rechthebbende kan deze niet overdragen of verkopen maar in veel gevallen wél een economisch gelijkwaardig resultaat bereiken via andere juridische constructies, zoals contracten, dan is er inderdaad, zoals Van Engelen beweert, sprake van ‘een vreemd soort hypocrisie, met als belangrijk nadeel dat de rechtspraak niet in staat zal zijn vorm te geven aan wat in het maatschappelijk leven realiteit is, zonder dat daar een zwaarwegende reden voor aan te wijzen valt’.²⁸⁷ In het hiernavolgende zal ik echter aantonen dat de door Van Engelen voorgestelde wetswijziging de aard van het commerciële portretrecht miskent en dat de voorgestelde wetswijziging een negatieve invloed heeft, tenminste op het portretrecht ex art. 21 Aw. De aard van het commerciële portretrecht verzet zich tegen overdracht. Vooraleer specifiek hierop in te gaan, behandel ik eerst het voorstel wat algemener zodat de context ervan helderder wordt en zodat ook duidelijk wordt dat, zelfs al zou er geen miskennis zijn van de aard van het commerciële portretrecht, er van het voorstel toch een negatieve invloed uitgaat op het portretrecht.

Zoals zojuist gezegd, is het voorstel los van enig ander vraagstuk gezien geen slecht voorstel. De kwestie is echter dat met het voorstel een aantal andere vraagstukken gemoeid zijn. Dit maakt dat er m.i. op het voorstel van Van Engelen nogal wat af te dingen valt en dat er aan wijziging van het huidige art. 3:83 BW haken en ogen zitten. Dit geldt echter vooral gezien vanuit portretrechtelijke hoek. De hamvraag *achter* het voorstel is of de diverse bestaande intellectuele rechten wel gekwalificeerd kunnen en mogen worden als subjectieve

²⁸⁵ Of de bezwaring met een beperkt recht, zie eerder in deze paragraaf.

²⁸⁶ Van Vliet heeft deze gedachtegang van Van Engelen overgenomen (zonder er overigens verder op in te gaan; Van Vliet 1995, p. 255).

²⁸⁷ Van Engelen 1994, p. 328.

vermogensrechten en met name als intellectuele eigendomsrechten die derdenwerking en de andere goederenrechtelijke kenmerken hebben. Zijn bijv. de verschillende bestaande vormen van prestatiebescherming, zoals het commerciële portretrecht, werkelijk aan te merken als (ongeschreven) rechten van intellectuele eigendom? Van Engelen is de mening toegedaan dat dit inderdaad zo is en tegen die achtergrond heeft zijn voorstel tot wijziging van art. 3:83 BW inderdaad grote relevantie. De argumentatie van Van Engelen *op dit punt* faalt echter m.i.²⁸⁸ In tegenstelling tot hetgeen Van Engelen en anderen²⁸⁹ beweren, kent Nederland (en dit geldt ook voor andere West-Europese landen) wel degelijk een gesloten systeem van intellectuele eigendomsrechten en kent het Nederlands recht niet tevens een corpus van niet wettelijk geregelde, ongeschreven IE-rechten van absolute aard. In de literatuur is herhaaldelijk de opvatting verdedigd - en deze opvatting wordt m.i. door Van Engelen niet weerlegd - dat een absoluut subjectief vermogensrecht slechts aan de wet ontleend kan worden.²⁹⁰ Van Engelen zegt dat de verschillende argumenten tegen het verlenen van ongeschreven exclusieve rechten niet overtuigen, maar mij overtuigen ze ten zeerste. Juist zoals Gerbrandy stelt, vereist het karakter van het absolute recht dat het een bepaalde, afgepaste vorm ontvangt, dat er iets geformuleerd, iets onder woorden gebracht, iets *vastgelegd* moet zijn.²⁹¹ Intellectuele eigendomsrechten behoeven een duidelijke *afbakening* en behoeven veelal ook *beperkingen*. Van Engelen onderschrijft dit ook, maar is van mening dat daarmee niet gezegd is dat wetgeving noodzakelijk is. Hij meent dat de rechtspraak evenzeer in staat is om de inhoud en omvang van een recht in kaart te brengen en volgens hem kunnen exclusieve rechten binnen het kader van het ongeschreven recht toegekend worden, zelfs als er geen aanknopingspunten zijn met een wettelijke norm.²⁹²

Op dit punt precies scheiden onze wegen.²⁹³ De rechtspraak is in het algemeen niet tot datgene in staat waar het hier nu precies om gaat: het 'in het leven roepen' van een afgepast absoluut recht, het vaststellen van de omvang en de grenzen van dat absolute recht en het bepalen

288 Sommige van mijn bezwaren of aanmerkingen betreffende het voorstel van Van Engelen schemeren door in het advies van de Commissie Auteursrecht (het in noot 281 hierboven vermelde advies). Ik vind het echter jammer dat de argumentatie van de Commissie Auteursrecht op verschillende plaatsen doordoesend is met verkeerde aannames (en daardoor, *ofschoon een aantal onderdelen ervan zeker juist zijn*, in zijn totaliteit ongeloofwaardig wordt); Van Engelen kan deswege die argumentatie ook probleemloos van de tafel vegen, zie Van Engelen 2003, p. 13-24.

289 Gilhuis & Wefers Bettink 2002.

290 Vgl. Van Engelen 1994, p. 6-10.

291 Gerbrandy 1946, p. 217-218.

292 Van Engelen 1994, p. 10: 'Gesteld kan derhalve worden dat exclusieve rechten binnen het kader van het ongeschreven recht toegekend kunnen worden, maar dat daarbij enige aanknopingspunten met een wettelijke norm welkom - *zij het niet strikt noodzakelijk* - zijn (cursivering CDMMS).' Aan de ingevolge het *Decca*-arrest (vermeld in de volgende noot) vereiste *terughoudendheid* bij toekenning van absolute rechten van intellectuele eigendom geeft Van Engelen overigens m.i. (in Van Engelen 1994, Hoofdstuk 6) geen werkelijke inhoud (en wat betreft het commerciële portretrecht hanteert Van Engelen juist een - de economische ontwikkelingen volgende - vooruitstrevendheid). Op dit punt wil ik verder nog opmerken dat de vraag welke prestaties een bescherming verdienen die niet wezenlijk verschilt van - of vergelijkbaar is met - de bescherming die geboden wordt wanneer men zich op schending van een absoluut recht van intellectuele eigendom zou kunnen beroepen, m.a.w. de vraag welke prestaties als éénlijnsprestaties kunnen worden aangemerkt, m.i. geen vraag is die grotendeels in de studeerkamer kan worden opgelost zoals Van Engelen beweert (Van Engelen 1994, p. 191). Het nagaan van de maatschappelijke wenselijkheid van toekenning van een met een absoluut recht van intellectuele eigendom gelijkwaardige bescherming (waarbij met alle omstandigheden en implicaties rekening moet worden gehouden) is bijvoorbeeld m.i. geen studeerkamerwerk maar bepaald wetgeverswerk.

293 Verschil van interpretatie van het *Decca*-arrest (HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191, m.nt. vNH, *BIE* 1986, nr. 71, p. 280, *AA* 1988, 257, m.nt. HCJ, *Computerrecht* 1986, 176, m.nt. EJD, *IER* 1986, nr. 29, p. 78; *Holland Nautic/Decca*) speelt in dit verband ook een rol.

van de verhouding van dat absolute recht tot de rechten van anderen. De rechter kan niet met algemene geldigheid zeggen: dit recht bestaat nu als absoluut recht en de precieze inhoud hiervan is zo en zo. De rechter kan het feitelijk bestaan van bepaalde aanspraken erkennen en lijdelijk toezien of juist proberen te voorkomen dat bepaalde rechten zich ontwikkelen in de richting van een absoluut recht. Een absoluut recht vereist echter juist wegens zijn specifieke goederenrechtelijke kenmerken een (gezaghebbende) vaststelling en een daaraan ten grondslag liggende belangenafweging door de wetgever. De positie van de rechter verhindert eenvoudigweg een belangenafweging en een stempel 'van bovenaf'. Integendeel, de rechtspraak staat altijd onder een zekere maatschappelijke druk en wordt op bepaalde punten, als de wetgever niet ingrijpt, eenvoudigweg gedwongen achter de feiten aan te lopen. Dit alles geldt te meer op het onderhavige punt, de erkenning van absolute vermogensrechten, waar economische factoren ook een belangrijke rol spelen.²⁹⁴ Ook zijn juist de afgelopen decennia allerlei intellectuele aanspraken en quasi-intellectuele-eigendomsrechten als paddestoelen uit de grond gerezen en tegen deze achtergrond is het al helemaal duidelijk dat hier geen taak voor de rechter ligt, maar in eerste instantie voor de wetgever.²⁹⁵ De verschillende vormen van prestatiebescherming kunnen dus m.i. niet worden aangemerkt als absolute rechten van intellectuele eigendom. Hiertegen bestaan zwaarwegende bezwaren. Dit alles geldt a fortiori voor het commerciële portretrecht, waarbij er nog iets anders speelt, waarop ik later in deze paragraaf inga.

De vereiste tussenkomst van de wetgever (hoe dan ook) voor de erkenning van ongeschreven intellectuele rechten als absolute rechten, maakt de door Van Engelen voorgestelde wijziging van art. 3:83 BW minder relevant dan gesuggereerd wordt. Overdraagbaarheid van een recht veronderstelt dat dat recht *bepaald* is (qua omvang, inhoud etc.): er moet sprake zijn van

294 De rechter kan moeilijk de economische werkelijkheid ontkennen en hij kan moeilijk iets regelen dat niet strookt met de economische ontwikkelingen. Met bijvoorbeeld morele factoren kan dus minder of geen rekening worden gehouden.

295 Alleen bij de wetgever kan ervan worden uitgegaan dat hij door de bomen het bos ziet. Enkele decennia geleden was er m.i. veel minder tegen de erkenning van ongeschreven rechten van intellectuele eigendom (in de rechtspraak) dan nu (vgl. Van Engelen 1994, p. 9-11 en Gilhuis & Wefers Bettink 2002, p. 45), *zolang er echter maar sprake was van analogie met de wet*. Toekenning van ongeschreven absolute rechten van intellectuele eigendom *zonder dat er aanknopingspunten bestaan met een wettelijke norm* is m.i. al helemaal onmogelijk. Maar ook al zouden die aanknopingspunten of die analogie met de wet er zijn: wie stelt dit vast, wie bepaalt of de vastgestelde analogie voldoende is, waar liggen de grenzen, wat zijn de precieze (algemeen geldende) criteria? Zeker in de huidige samenleving en op het onderhavige punt mag er niet van worden uitgegaan dat de rechterlijke macht hier de aangewezen instantie is. Waardoor moet men zich eigenlijk laten leiden bij de erkenning van ongeschreven intellectuele eigendomsrechten? Is bijv. analogie met een analogie (met een analogie enz.) een indicatie? Dat de rechter niet de aangewezen instantie is, geldt ook voor hetgeen volgt op de rechtsgeldige vaststelling dat een bepaalde figuur inderdaad aanknopingspunten vertoont met een wettelijke norm: wie stelt vast of de ontwikkelingsfase waarin de betreffende figuur verkeert zich leent voor een met een intellectueel eigendomsrecht gelijkwaardige bescherming, wie stelt vast of het wel wenselijk is die figuur te bestempelen als een intellectueel eigendomsrecht, wie bepaalt de precieze inhoud, de grenzen en beperkingen van het recht dat moet worden toegekend, wie bepaalt wanneer er sprake is van misbruik van de toegekende bevoegdheid? Wat betreft het commerciële portretrecht waar het hier vooral om gaat, geldt in ieder geval dat er geen naar analogie toe te passen wettelijk regime bestaat, en dat integendeel het regime van art. 21 (jo. 25a) Aw waar het commerciële portretrecht op is geënt, zich verzet tegen de bestempeling van het commerciële portretrecht als ongeschreven absoluut recht van intellectuele eigendom. In verband met de door Van Engelen mogelijk geachte toekenning van ongeschreven intellectuele eigendomsrechten (door de rechter) zij nog opgemerkt dat Van Engelen zich op dit punt mede heeft laten beïnvloeden door het recht in de Verenigde Staten, een common-law-land waar het ongeschreven recht en rechtersrecht sowieso een veel grotere rol speelt dan in de civil-law-landen (Van Engelen 1994, Hoofdstuk 9). Nog zij op dit punt opgemerkt dat het het oorspronkelijk plan van de wetgever was om een Boek 9 in het BW onder te brengen waarin de intellectuele eigendomsrechten een regeling zouden vinden en dat de wetgever met de 'andere rechten' van art. 3:83 lid 3 BW met name het oog had op rechten op voortbrengselen van de geest (Van Engelen 1994, p. 326). Het Boek 9 BW is er nog steeds niet. Zoals Van Engelen zelf aangeeft, is het huidige art. 3:83 lid 3 BW echter wellicht ontworpen tegen de achtergrond van het op komst zijnde Boek 9 BW (Van Engelen 1991, p. 432; Van Engelen 1994, p. 327; Van Engelen 2001, p. 334; Van Engelen 2003, p. 4). Er valt geen andere reden aan te wijzen voor de zogenaamde breuk wat betreft de overdraagbaarheid, dus m.i. is dit inderdaad de reden. M.i. is de gedachte achter het huidige regime van art. 3:83 BW dus juist dat buiten een kwalificatie van de wetgever om absolute overdraagbare rechten niet bestaanbaar zijn.

een omlijnde entiteit. Veel intellectuele rechten die nu in aanmerking komen om te worden overgedragen (er is dus sprake van een begrensde entiteit), maar niet kunnen worden overgedragen wegens (naar men zegt) art. 3:83 BW, zullen m.i. ná wijziging van art. 3:83 BW zo goed als daarvóór worden overgedragen via verbintenisrechtelijke constructies. Dit omdat, ofschoon de (omlijnde) entiteit er wel is, de zekerheid daaromtrent en de rechtsgeldige erkenning van de betreffende entiteit als absoluut recht door de wetgever ontbreken.²⁹⁶ Dit geldt ook voor het commerciële portretrecht, nog los van wat ik daarover hierna nog zal zeggen. De grenzen en de beperkingen van het commerciële portretrecht zijn weliswaar min of meer duidelijk, zij zijn echter onderhavig aan uitdijning en staan in dit verband onder maatschappelijke druk.²⁹⁷ De status van het commerciële portretrecht en de inhoud en beperkingen ervan staan niet *bindend* vast zolang de wetgever zich niet heeft geuit. Een gesuggereerde absoluut vermogensrechtelijke status van het commerciële portretrecht en een bepaalde inhoud van het commerciële portretrecht kunnen niet geclaimd worden tegenover elke derde zolang die status en die inhoud niet wettelijk worden bepaald. Zolang die claim echter niet mogelijk is, kunnen partijen overdragen wat ze willen, maar de overdracht wordt eenvoudigweg niet door iedereen als een overdracht of als een overdracht van het door partijen bedoelde goed geaccepteerd (en de verplichting daartoe bestaat ook niet). Daarom zullen partijen teruggrijpen naar verbintenisrechtelijke constructies.

Het niet bestaan van een corpus van niet wettelijk geregelde, ongeschreven IE-rechten van absolute aard vermindert dus de relevantie van de voorgestelde wijziging. M.i. heeft de wijziging zelf tot gevolg dat er meer ongeschreven IE-rechten erkend zullen worden en dat er meer rechten zullen ontstaan die aanspraak maken op de status van ongeschreven absoluut IE-recht. Uiteraard is er geen *noodzakelijk* verband tussen de overdraagbaarheid van een bepaald recht en de erkenning van dat recht als vermogensrecht of als absoluut vermogensrecht. Uit artikel 3:6 BW kan m.i. niet worden afgeleid dat overdraagbaarheid een *conditio-sine-qua-non* is voor de erkenning van dat recht als vermogensrecht.²⁹⁸ Diverse bestaande quasi-intellectuele-eigendomsrechten kunnen, ofschoon ze niet overdraagbaar zijn (wegens art. 3:83 BW), als vermogensrecht worden aangemerkt omdat ze ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Toch klopt de stelling van Van Engelen dat het al dan niet overdraagbaar zijn van een recht een *geheel* ander onderwerp is dan de vraag wat de aard en inhoud van dat recht is, m.i. niet.²⁹⁹ Er is een licht *feitelijk* verband. Ofschoon overdraagbaarheid van een recht niet noodzakelijkerwijs betekent dat er sprake is van een absoluut recht,³⁰⁰ staat met de overdraagbaarheid tenminste vast dat er sprake is van een *vermogensrecht* (zie art. 3:6 BW).

296 In die verbintenisrechtelijke constructies wordt die onzekerheid en het gemis aan absoluutheid van het recht ook verdisconteerd. Op dit punt dient verder nog opgemerkt dat *met de wetswijziging* ook de situatie waarin gewoon niet vaststaat (er is op zijn zachtst gezegd geen consensus over) of iets wel als een omlijnde juridische entiteit of als een vermogensrecht kan worden aangemerkt, niet zal veranderen. Zolang dit niet vaststaat, blijven partijen echter bijvoorbeeld bepaalde rechten voortvloeiend uit een feitelijke positie of uit een zorgvuldigheidsnorm verhandelen via verbintenisrechtelijke constructies.

297 Dit werd eerder duidelijk in deze scriptie: er bestaat een tendens tot oprekking van het begrip verzilverbare populariteit oftewel tot toekenning van het commerciële portretrecht aan eenieder en er bestaat tevens een tendens tot commercialisering van een breder scala persoonskenmerken dan die welke binnen het traditionele portretbegrip vallen.

298 Alhoewel dit wel gebeurt in de literatuur, zie hierover De Jong 2006, p. 169-178.

299 Zie voor die stellingname van Van Engelen bijv. Van Engelen 2003, p. 15-16.

300 Denken we maar aan de vorderingsrechten (art. 3:83 lid 1 BW).

Want, precies zoals Van Engelen als argument aandraagt voor de wetswijziging, een recht ontleent zijn vermogenswaarde veelal juist aan de overdraagbaarheid ervan en kan er juist door zijn overdraagbaarheid toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen.³⁰¹ Ook betekent overdraagbaarheid m.i. een stap voorwaarts in de ontwikkeling van een bepaalde aanspraak naar een *absoluut IE-recht*.³⁰² Zeker als een recht nog niet volledig is uitgekristalliseerd en zich ontwikkelt in de richting van een absoluut vermogensrecht - er zijn op het moment tal van dergelijke rechten - betekent de wetswijziging van Van Engelen voor dat recht eenvoudigweg het overslaan van een ontwikkelingsfase. De wenselijkheid van de verdere ontwikkeling van het betreffende recht richting absoluut recht staat daarmee volstrekt niet meer ter discussie. Nu is het commerciële portretrecht precies een recht waarvan de verdere uitdijning, wegens de eerder uiteengezette negatieve invloed ervan op het ideële portretrecht, juist in de schijnwerpers zou moeten staan.³⁰³

Zonder specifiek op de portretrechtelijke kant van het voorstel van Van Engelen in te gaan, kan samenvattend het volgende worden gesteld. Omdat de diverse bestaande intellectuele rechten niet zonder een of andere tussenkomst van de wetgever als absolute rechten kunnen worden aangemerkt, mist het voorstel veel relevantie die het anders wél zou hebben.³⁰⁴ Intellectuele rechten waarvan de relatieve status vaststaat, zijn nu ook overdraagbaar (lid 1 van art. 3:83 BW). Aan alle andere intellectuele rechten kan, indien de wet zwijgt, noch een relatieve noch een absolute status worden toegekend. Al deze intellectuele rechten worden momenteel 'overgedragen' door middel van allerlei verbintenisrechtelijke constructies, omdat naar men zegt art. 3:83 lid 3 BW dwarsligt. Als echter de wetswijziging van Van Engelen doorgang vindt, zal m.i. in veel gevallen de overdracht op dezelfde manier worden opgelost omdat de status, de grenzen en de inhoud van het recht onder partijen en derden gewoon niet (rechtsgeldig en bindend) vaststaan. Verder betekent de voorgestelde wetswijziging m.i. niet noodzakelijkerwijs maar wel feitelijk een dreigende toename van het aantal intellectuele rechten en een dreigende versnelling van de ontwikkeling van bestaande intellectuele rechten richting absolute rechten. Als het portretrecht buiten beschouwing wordt gelaten, is met dit alles echter nog volstrekt niet gezegd dat het voorstel op zich afkeurenswaardig is.³⁰⁵ Wel maakt het hierbovenstaande duidelijk

301 Van Engelen 1991, p. 431; Van Engelen 1994, p. 305, 309 en 325; Van Engelen 2003, p. 135-136.

302 Er is sprake van een stap voorwaarts in de verzelfstandiging van dat recht, vgl. Van Engelen 1994, p. 309-310 en zie De Jong 2006, p. 175-176. Van Engelen sprak overigens zelf in 1991 over dreigende blokkeringen, weliswaar niet in de ontwikkeling van rechten maar toch in die van daarmee verband houdende leerstukken (Van Engelen 1991, p. 433 en 434; zie ook Van Engelen 1994, p. 330: 'In het bijzonder de ontwikkeling van ongeschreven rechten zal zodoende ernstig belemmerd kunnen worden').

303 De uitbreiding van de commercieel portretrechtelijke tak doet feitelijk afbreuk aan de beschermenswaardigheid van het portret. De negatieve uitwerking op het ideële portretrecht hoeft echter niet de enige reden te zijn om de ontwikkeling van het commerciële portretrecht te remmen. Ook de met de ontwikkeling van het commerciële portretrecht gepaard gaande sterrencultus of idolatrie, dient bijvoorbeeld een halt te worden toegeroepen.

304 In dit verband dient vermeld dat het bijzonder bevreemdend is dat, ofschoon Van Engelen beweert dat art. 3:83 lid 3 BW zo'n nijpend probleem vormt, hij nog in 2001 spreekt over een kwestie van tijd voordat de gevolgen van art. 3:83 (3) BW zich zullen manifesteren (Van Engelen 2001, p. 337). In 2001 geeft Van Engelen twee voorbeelden die naar *oud* burgerlijk recht zijn beslist (en die onder het nieuwe burgerlijk recht wegens art. 3:83 (3) BW kwalijk zouden zijn uitgepakt; hiervan ben ik echter niet overtuigd; Van Engelen 2001, p. 337-338). In 2003 geeft Van Engelen weer drie voorbeelden die naar *oud* burgerlijk recht zijn beslist (twee daarvan zijn dezelfde als gegeven in 2001) en vervolgens nog drie *gefingeerde* voorbeelden (Van Engelen 2003, p. 145-164).

305 Er moet echter rekening worden gehouden met het aangevoerde. Ik geef Van Engelen volkomen gelijk dat een 'overdracht' via contracten uiteindelijk iets volkomen anders is dan een (juridische) overdracht en zeker geen gelijkwaardig alternatief vormt. In

dat het veranderd overdraagbaarheidsregime van vóór en na 1992 (vóór: *ja tenzij*; na: *nee tenzij*) mogelijk een welkome toevalligheid is in ons rechtsstelsel en dat een wijziging nú, vijftien jaar na het gewijzigd regime, in ieder geval ongewenst is, omdat de wetgever op dit punt vijftien jaar stil heeft gezeten (in de gerechtvaardigde veronderstelling dat dit toegestaan was) en de achterstand praktisch maar vooral ook uit de aard van de zaak door hem moeilijk kan worden ingehaald.

Ik zal nu ingaan op de specifiek portretrechtelijke kant van het voorstel van Van Engelen. Van Engelen miskent de aard van het commerciële portretrecht.³⁰⁶ Niet alleen het ideële portretrecht is een recht dat uit zijn aard niet overdraagbaar is, maar ook het commerciële portretrecht is een dergelijk recht. Duidelijk is dat het ideële portretrecht onoverdraagbaar is, omdat het een hoogstpersoonlijk recht is. Het commerciële portretrecht heeft echter hetzelfde object als het ideële portretrecht, het portret, en daarom is ook het commerciële portretrecht niet overdraagbaar.³⁰⁷ Wel is duidelijk dat er een maatschappelijke tendens is om het commerciële portretrecht te bestempelen als volwaardig vermogensrecht dat overdraagbaar is. Hoe ver hier ook naar toe wordt gewerkt, het commerciële portretrecht kan dit nooit zijn of worden. Bij commerciële portretexploitatie blijven persoonlijkheidsrechtelijke aspecten altijd ergens een rol spelen.³⁰⁸ Het is praktisch onmogelijk om de inhoud van het commerciële portretrecht zo nauw te bepalen dat schending van ideële belangen uitgesloten is. Nog los van de vraag echter of deze mogelijkheid bestaat, de reikwijdte (de inhoud) van het commerciële portretrecht *zoals het nu bestaat*, sluit schending van ideële belangen feitelijk niet uit.³⁰⁹ Dat het commerciële portretrecht

het licht van de waarschijnlijkheid dat partijen zelf dit alternatief blijven kiezen (ze kunnen moeilijk anders) zolang, zoals gezegd, de wetgever zich niet heeft geuit, kan hier echter niet op blijven worden gehamerd. Dit geldt te meer i.v.m. het commerciële portretrecht waar contractuele middelen juist de bij uitstek geschikte en ook de enig mogelijke middelen zijn om een overdrachtseffect te bereiken (zie in 3.2 hierboven en zie hierna in deze paragraaf). Ook voor de bezwaring met beperkte rechten (zoals pand en vruchtgebruik) bestaan overigens contractuele alternatieven (zij het dat deze niet gelijkwaardig zijn). Verder mogen de kwalijke gevolgen van het overdraagbaarheidsregime ex art. 3:83 BW (die, gezien het voorgaande, dus eigenlijk geen gevolgen daárvan zijn) ook niet worden overdreven. Heel wat door Van Engelen opgesomde kwalijke gevolgen kunnen bijv. gewoon tegen elkaar worden weggestreepd, zodat er per saldo geen probleem is. Voorbeelden: tegenover het feit dat een rechthebbende bij het afsluiten van een lening zijn onoverdraagbaar recht niet in pand kan geven, staat dat hij het bij een faillissement ook niet kwijt is; tegenover het gegeven dat een bank bij het verstrekken van een lening geen onderpand kan krijgen wegens de onoverdraagbaarheid van bepaalde rechten staat dat die bank deswege een hogere rente in rekening kan brengen; tegenover het feit dat iemand aan wie een onoverdraagbaar recht contractueel is 'overgedragen' bij een faillissement in het rijtje concurrente crediteuren terecht komt, staat dat hij daarom ook minder voor het recht betaald heeft; tegenover de onkunde met het regime van art. 3:83 BW op dit moment staat de toekomstige onkunde met de uitsluiting van overdraagbaarheid door de wetgever; tegenover de belasting voor de rechtspraktijk (onkosten, rompslomp) waaraan het regime van art. 3:83 BW debet zou zijn staat de belasting voor de rechtspraktijk wegens de onzekerheden in verband met de aard van hetgeen overgedragen moet worden (zie hiervoor in deze paragraaf). Wat betreft overdrijving valt ook nog op dat Van Engelen commercieel geportretteerden afschildert als personen met een tamelijk laag saldo op hun bankrekening, terwijl dat juist in het algemeen bij hen niet het geval is (zij zouden bijv. juist in staat zijn kosten te dragen i.v.m. een portretmerkdepot).

306 Waarschijnlijk is Van Engelen op dit punt ook beïnvloed door het Amerikaanse right of publicity (zie Van Engelen, p. 399-403 en 404-411); dat dit Amerikaanse recht voor (de verdere ontwikkeling van) het commerciële portretrecht geen basis kan vormen werd duidelijk in 3.4 hierboven, zie met name noot 241 aldaar. Overigens geeft Pinckaers m.b.t. het 'right of publicity' het volgende aan: het heeft zich 'nog niet volledig uitgekristalliseerd tot een absoluut recht met een duidelijk omschreven inhoud' (Pinckaers 1997b, p. 51).

307 Als het mogelijk is te spreken over meer of minder 'persoonlijkheidsrechtelijk' (en volgens Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 356 is dit mogelijk): het commerciële portretrecht is persoonlijkheidsrechtelijk, maar minder dan het ideële portretrecht. Aan het feit dat het ideële en het commerciële portretrecht hetzelfde object hebben, wordt door Van Engelen geen aandacht besteed (zie Van Engelen 1994, p. 330).

308 Vgl. Verkade in zijn noot bij het arrest *Van Uden/Verkerke* (zie noot 140 hierboven).

309 Pinckaers is zich wel bewust van het conflict, dat ontstaat bij overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht, tussen de ideële belangen van degene die overdraagt en de commerciële belangen van degene aan wie overgedragen wordt; m.i. lost hij dit conflict echter niet op (zie Pinckaers 1996, p. 6-7, 238, 270-274, 432-433 en 435-436).

Vaak wordt getracht het conflict met het ideële portretrecht dat ontstaat als het commerciële portretrecht 'overdraagbaar wordt gemaakt' op te lossen door te spreken over een analogie met art. 25 Aw, de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten die de auteur ook blijven toekomen na overdracht van zijn auteursrecht. De genoemde analogie is echter niet acceptabel. Ten eerste is

vóór 1992 overdraagbaar was, is gewoon niet waar.³¹⁰ Het commerciële portretrecht was toen niet overdraagbaar op grond van art. 21 Aw. Dit is nu nog precies hetzelfde en zal ook precies hetzelfde blijven na doorvoering van de door Van Engelen voorgestelde wijziging.³¹¹ Na die wijziging kan dit zelfs nog beter uitgedrukt worden: het commerciële portretrecht zal niet overdraagbaar zijn op grond van art. 3:83 lid 1 BW jo. 21 Aw.³¹² Van Engelen heeft het portretrecht ten onrechte geplaatst in het rijtje van IE-rechten dat op de wachtlijst staat om te kunnen worden overgedragen.

De maatschappelijke tendens om het commerciële portretrecht als volwaardig overdraagbaar vermogensrecht te beschouwen, resulteert in een steeds verdergaande uitholling van het ideële portretrecht en moet dus juist worden tegengegaan. Dit werd eerder duidelijk in deze scriptie. Het is juist inherent aan het portretrecht dat het ontpersoonlijking van dit recht door overdracht of door daarop gelijkende constructies tegengaat. Weliswaar is het commerciële portretrecht in feite geen portretrecht.³¹³ Wegens het overeenkomend object is er echter een verband tussen het commerciële en het ideële portretrecht en de belangen waar het ideële portretrecht voor staat en die waar het commerciële portretrecht voor staat moeten dus noodzakelijkerwijs conflicteren.³¹⁴ Aan de tendens tot ontpersoonlijking van het recht van de geportretteerde ten gevolge van de commercialisering van de maatschappij *kan* echter wat betreft

deze analogie - voor zover ik weet - nog nooit concreet en volledig vertaald voor het (commerciële) portretrecht. Pinckaers werkt de analogie (d.w.z. de analogie met een Duitse variant van art. 25 Aw, § 42 van de Duitse auteurswet) weliswaar uit (en dit verdient lof) maar toch maar vaag en slechts in zoverre dit in zijn optiek wenselijk is: aan zijn recht op de persona moet een moreel recht om het personarecht te herroepen verbonden zijn (Pinckaers 1996, p. 273-274 en p. 432; buiten de genoemde analogie geeft hij nog twee andere gevallen, vermeld in noot 213 hierboven, waarin de overdracht van het personarecht beperkt moet worden). Er bestaan echter nog vele andere gevallen waarin de weg naar het ideële portretrecht, wegens de overdracht van het commerciële portretrecht, onterecht is afgesloten maar waarin het herroepingsrecht volgens Pinckaers m.i. nog niet in beeld mag komen. Daarnaast is het zo dat het herroepingsrecht ingezet zou kunnen worden 'if the assignor can no longer be expected to agree with the commercial exploitation of his identity by the assignee'. Weliswaar geeft Pinckaers aan dat het herroepingsrecht niet om financiële redenen ingezet mag worden, maar toch is het genoemde criterium te vaag of beter gezegd, en hiermee zijn we gelijk bij de tweede reden waarom de analogie met art. 25 Aw niet acceptabel is: het maakt de overdracht gewoon 'loos'. Hoe we het ook wenden of keren uiteindelijk houdt de geportretteerde precies zoveel touwtjes in handen dat alles bestaanbaar is behalve een juridische *overdracht* van het commerciële portretrecht. De derde reden (en deze houdt verband de twee hiervoor genoemde redenen) waarom een analogie met art. 25 Aw niet acceptabel is, is dat het in het portretrecht zoals dit in Nederland is vormgegeven om iets anders gaat dan bij de persoonlijkheidsrechten van de auteur van een werk ex art. 25 Aw. Bij de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten ex art. 25 Aw gaat het om de (ideële) band tussen de menselijke auteur en het werk dat door hem is bedacht, gemaakt of geproduceerd; het gaat om de band tussen de mens en zijn geesteskind (vgl. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 352-354). In het portretrecht (zoals dit in Nederland is vormgegeven), gaat het echter om de (ideële) band van een bepaalde mens met iets dat hemzelf betreft en die ideële band bestaat zowel voor de ideële geportretteerde als voor de commercieel geportretteerde (al is hij voor deze laatste waarschijnlijk veelal zwakker).

310 Vgl. het in noot 140 hierboven vermelde arrest *Van Uden/Verkerke* en zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 338-339. Ook wat betreft de verpanding van portretrechten, heeft een omwenteling per 1 januari 1992 als gesuggereerd in het voorbeeld Van Engelen 2003, p. 163-164 (en zie ook Van Engelen 2001, p. 336-337) nooit of te nimmer plaatsgevonden. Portretrechten zijn nooit verpandbaar geweest en terecht: ten eerste verzetten persoonlijkheidsrechtelijke aspecten zich hiertegen en ten tweede eindigen portretrechten in principe met de dood van de geportretteerde zodat ze weinig zekerheid kunnen verschaffen. De vorderingsrechten uit een licentie-overeenkomst kunnen overigens wél in pand worden gegeven.

311 Ware met wijziging van art. 3:83 BW het commerciële portretrecht overdraagbaar dan ware het werk en het voorstel van de Commissie Portretrecht (zie 3.1. en 3.2 hierboven) uitermate vreemd. Het rapport van de Commissie Portretrecht draait helemaal om de gewenste overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht en de uitermate eenvoudige wijziging van art. 3:83 BW zou dit volledig hebben opgelost (zoals Van Engelen stelt). Nog vreemder is dat de Commissie Portretrecht ook zelf suggereert dat wijziging van art. 3:83 BW 'het probleem' (van niet overdraagbaarheid) zou oplossen, maar hier verder niet op ingaat en 'het probleem' oplost door het commerciële portretrecht (tegen de werkelijkheid en de reële mogelijkheden in) te bestempelen als een volwaardig subjectief absoluut recht (Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R6; blijkens noot 17 van het rapport heeft de Commissie ook kennis genomen van het voorstel van Van Engelen; of zij kennis genomen heeft van de door Van Engelen gelegde link met het portretrecht blijkt niet).

312 Vgl. ook Van Engelen 2003, p. 31-32.

313 Zie in 2.8 hierboven, met name noot 118 aldaar; de prestatie die beschermd moet worden uit zich echter wel *via de portretpublicatie*.

314 Hier geldt precies hetgeen de Commissie Portretrecht constateerde: "Het persoonlijkheidsrechtelijke karakter van het portretrecht blokkeert de ontwikkeling van het commerciële portretrecht tot een volwaardig vermogensrecht, waarover de geportretteerde als 'eigenaar' kan beschikken" (Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996, p. R6). In dezelfde zin Pinckaers 1996, p. 438.

de overdraagbaarheid niet verder worden toegegeven dan nu het geval is. Het commerciële portretrecht kan economisch gezien aan een ander dan geportretteerde toebehoren, juridisch gezien echter niet. Daarbij moet bedacht worden dat het niet kunnen vervreemden van zijn portretrecht de geportretteerde juist moest en moet beschermen tegen economische druk. Het met een juridische overdracht economisch gelijkwaardig resultaat dat door licenties en volmachten kan worden bereikt, is voor het commerciële portretrecht op het gebied van overdracht de verst mogelijke ontwikkeling. Dat deze ontwikkeling een nadelige en relativiserende uitwerking heeft (gehad) op het ideële portretrecht werd eerder duidelijk in deze scriptie. Verhandelbaarheid van het portretrecht voor de commercieel geportretteerde relateert het immateriële belang van de ideële geportretteerde, of beter gezegd ontkent de essentie daarvan; het persoonlijkheidsbelang van de ideële geportretteerde ligt juist in het feit dat het portret niet tot pure koop- of handelswaar kan worden gedegradeerd.

De overdracht van het commerciële portretrecht is niet mogelijk, omdat een dergelijke overdracht, juist zoals Van Engelen zegt, de meest *ultieme* vorm van verhandeling van een vermogensobject is.³¹⁵ Het persoonlijkheidsrechtelijke karakter van het portretrecht verzet zich tegen deze vorm van verhandeling.³¹⁶ Inderdaad is hier dus, zoals van Van Engelen zegt, de identiteit van de rechthebbende van het commerciële portretrecht ‘bevroren’.³¹⁷ De geportretteerde is en blijft uiteindelijk rechthebbende; hoe ver hij zijn recht ook uitbestedt of economisch verhandelt via contractuele weg, altijd blijft er naar hem een juridisch draadje lopen.³¹⁸ Het feit dat het commerciële portretrecht niet verkoopbaar is, betekent inderdaad dat het in mindere mate te gelde kan worden gemaakt. Maar daarom is het nog niet minder waard zoals Van Engelen suggereert. Dat het commerciële portretrecht zich niet leent voor overdracht, wordt vooral duidelijk bij een beslag of faillissement. De overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht zou betekenen dat dat recht vatbaar zou zijn voor beslag (in en buiten faillissement) en dan aan de hoogstbiedende zou kunnen worden verkocht.³¹⁹ Dit strookt niet met de achtergrond en de aard van het commerciële portretrecht. Het portret van de commercieel geportretteerde zou kunnen worden geëxploiteerd op een manier of in een context welke volstrekt buiten de bedoeling van de commercieel geportretteerde ligt of welke zijn persoonlijke integriteit

315 Van Engelen 2003, p. 12.

316 Oftewel, hetgeen op hetzelfde neerkomt, het commercieel portretrecht kan niet gekwalificeerd worden als een vermogensrecht. Het commerciële portretrecht blijft krachtens zijn wezen altijd ergens persoonsgebonden en het portret kan nooit een volwaardig exploitatieobject vormen. Er is wat betreft het commerciële portretrecht geen van de persoon van de geportretteerde volkomen geabstraheerd subjectief vermogensrecht denkbaar en het commerciële portretrecht kan dus geen volstrekt zelfstandig leven leiden. Vgl. Van Engelen 1994, p. 307-312.

317 Van Engelen 2001, p. 335.

318 En die contractuele weg is dus de weg waarlangs een optimale verzilvering van het recht en een maximalisatie van winst kan worden behaald. Het moge duidelijk zijn dat de door Van Engelen bedoelde hypocrisie (zie de eerste alinea van deze paragraaf) zich mogelijk bij een aantal rechten voordoet (en dit is dan de schuld van de wetgever die die rechten dan had moeten ‘legaliseren’), maar dat van die hypocrisie volstrekt geen sprake is bij het commerciële portretrecht.

319 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 321.

schendt.³²⁰ Dit zou betekenen dat een stuk zeggenschap die de geportretteerde over zijn portret heeft juist omdat het een portret van hemzelf is, terecht zou komen bij een ander (een ‘vreemde’, die op zich geen band heeft met dat portret). Dit is contrair aan de aard van het portretrecht. Dat crediteuren in een faillissement, investeerders, financiers en zij die zich aandienen als koper, gebaat zijn bij overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht, is klaarblijkelijk. Dat een eventuele overdraagbaarheid echter nadelig zou zijn voor de niet-kortzichtige geportretteerde en uiteindelijk voor de gehele samenleving, is minstens zo evident.

Geconcludeerd moet worden dat het voorstel van Van Engelen in principe geen betekenis heeft voor het portretrecht en er eigenlijk niet mee in verband mag worden gebracht. Het commerciële portretrecht zowel als het ideële portretrecht is een uit zijn aard onoverdraagbaar recht. Duidelijk is dat dit geldt voor het ideële portretrecht als hoogstpersoonlijk recht. Het commerciële portretrecht valt echter niet volledig los te maken van het ideële portretrecht, daar het object waar het om draait in de beide takken van het portretrecht hetzelfde is. Ook het commerciële portretrecht moet dus aangemerkt worden als een uit zijn aard onoverdraagbaar recht. Met het voorstel van Van Engelen verandert er dus niets.³²¹ Nochtans moet m.i. gevreesd worden voor een negatieve uitwerking van het voorstel op het commerciële portretrecht, mede gezien de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van het commerciële portretrecht. De miskennis van het feit dat het commerciële portretrecht een uit zijn aard onoverdraagbaar recht is, is typisch voor de ontwikkeling van het commerciële portretrecht. Het wil zich in de huidige fase van zijn ontwikkeling als het ware ontdoen van zijn onoverdraagbaarheid (welke ‘te wijten’ is aan het ideële portretrecht); de commercieel geportretteerde en zijn contractanten willen de rendabiliteit van het portret maximaliseren (meer dan mogelijk is). Tegen de achtergrond van het eerder in deze paragraaf gegeven algemeen commentaar op het voorstel van Van Engelen, moge het duidelijk zijn dat een doorvoering van het voorstel van Van Engelen negatieve invloed zal hebben op het portretrecht. De voortdurende miskennis van de aard van het commerciële portretrecht zou ná de wetswijziging meer kwaad kunnen aanrichten dan daarvóór. De overeenstemming over de niet-overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht *heerst* nu in ieder geval, ook al berust deze overeenstemming merendeels op een verkeerde aanname. Verder zal in de praktijk in ieder geval de drang om het commerciële portretrecht als een volwaardig en

320 Indien de commercieel geportretteerde zijn portret uitbaat ten voordele van (uiteindelijk) zichzelf is dit nog acceptabel, maar portretexploitatie volstrekt ten bate van een ander dan de geportretteerde wordt twijfelachtig, zeker in het licht van de jurisprudentie die stelt dat associatie met een product of dienst in principe steeds een redelijk ideëel belang oplevert in de zin van art. 21 Aw (zie in 2.4 hierboven). Als die portretexploitatie ook nog tegen de wens of (oorspronkelijke) bedoeling van de geportretteerde ingaat, of als er sprake is van begeleidende schending van ideële portretrechtelijke belangen, is het al helemaal duidelijk dat de aard van het commerciële portretrecht zich verzet tegen overdracht.

321 Dat dit zo is wordt bevestigd door het feit dat het commerciële portretrecht (of een variant daarvan) in andere West-Europese landen, welke een beperking als die van art. 3:83 lid 3 BW niet als regel kennen (Van Engelen 2003, p. 142), evenmin wordt beschouwd als overdraagbaar (zie Pinckaers 1996, p. 423-424).

absoluut vermogensrecht te beschouwen toenemen.³²² Het ideële portretrecht zal hierbij inboeten. Ook al zou de wetgever dit inzien, het tij wordt steeds moeilijker te keren.

³²² Het commercieel portretrecht is momenteel een recht voortvloeiend uit een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (het redelijk belang ex art. 21 Aw of de maatschappelijke betamelijkheid ex art. 6:162 BW) en een bepaalde feitelijke positie (het hebben van verzilverbare populariteit). Het commerciële portretrecht is dus geen volwaardig vermogensrecht maar een bepaalde vergoedingsaanspraak welke voor een bepaalde categorie personen geldt. Als het commerciële portretrecht als een volwaardig subjectief vermogensrecht wordt beschouwd, wordt het natuurlijk ook de vraag waarom niet iedereen een dergelijk vermogensrecht ter beschikking heeft (of in het leven kan roepen) terwijl toch iedereen een portret heeft; m.a.w. het de iure toekennen van een commercieel portretrecht aan *iedereen* (en het de facto verwerven van een commercieel portretrecht door een vermeerderd aantal mensen, nu ook door hen die normaliter niet zelf commercieel geïnteresseerd zijn, vgl Boekman 1966, p. 31) ligt op de loer en dit is (zoals duidelijk werd gemaakt in 3.4 hierboven) nadelig voor het ideële portretrecht. Als het commerciële portretrecht als vermogensrecht wordt aangemerkt, wordt het verder natuurlijk ook de vraag (het gaat nu immers om stoffelijk voordeel) waarom het commerciële portretrecht niet verbreed wordt richting een personarecht à la Pinckaers; dat dit nadelig is voor het ideële portretrecht moge blijken uit 3.4 hierboven. Overigens verzet niet alleen de aard van het commerciële portretrecht zich tegen de toekenning van het predikaat subjectief vermogensrecht, ook doet dit de reële mogelijkheid dat iemand op een gegeven moment zijn verzilverbare populariteit weer verliest.

4 Samenvatting en conclusie

4.1 Antwoord op de centrale vraag

In hoofdstuk 2 behandelde ik het huidig Nederlands portretrecht en de achtergrond ervan: zijn ontwikkeling in het verleden. Geconstateerd werden drie (met elkaar samenhangende) negatieve ontwikkelingen welke de identiteit van het portretrecht uitgehold hebben en nu nog uithollen. De eerste ontwikkeling betrof die van het portretbegrip dat in de loop van de tijd steeds verder is uitgerekt. Het *Breekijzer*-arrest is typerend voor deze ontwikkeling. Van een portretbegrip dat zich concentreert op de herkenbaarheid van het menselijk gezicht lijken we nu bijna beland bij een portretbegrip dat elke afbeelding omvat welke duidelijke associaties oproept met een bepaalde persoon. De tweede ontwikkeling waardoor het portretrecht ten zeerste is ontspoord, is de ontwikkeling van het zgn. commerciële portretrecht. Het *Schaep*-arrest is typerend voor deze ontwikkeling. De miskennis van het feit dat de materiële (commerciële) grondslag voor erkenning van een redelijk belang ex art. 21 Aw haaks staat op de immateriële (ideële) grondslag voor erkenning van een dergelijk belang, heeft het fundament van het portretrecht ondermijnd en doet dit nog altijd. De derde ontwikkeling waardoor het Nederlands portretrecht zijn kracht heeft verloren, is de voortdurende overwaarding van de vrijheid van meningsuiting en daarmee verbonden belangen ten opzichte van het met de publicatie van een portret verbonden typische persoonlijkheidsbelang. Voor deze ontwikkeling is het *Ferdi E.*-arrest typerend. In het kader van de uitingsvrijheid is de portretrechtelijke bescherming ex art. 21 Aw ontkracht en heeft men deze zo goed als volledig laten afzakken tot het niveau van art. 6:162 BW. Duidelijk werd in hoofdstuk 2 dat de media en de commercie vijanden zijn van het portretrecht welke het op een dood spoor hebben gebracht.

In hoofdstuk 3 behandelde ik drie verschillende wijzigingsvoorstellen m.b.t. het huidig Nederlands portretrecht om na te gaan of deze voor de in hoofdstuk 2 ontdekte problemen een oplossing aanreiken. Het eerste voorstel betrof dat van de Commissie portretrecht uit 1996. De Commissie pleit voor een beperkt, maar absoluut en exclusief commercieel portretrecht dat overdraagbaar is en dat iedereen rechtens ter beschikking staat. Het voorstel ligt, zowel wat betreft het gehanteerde portretbegrip als wat betreft het ideële en commerciële portretrecht, geheel in de lijn van de negatieve ontwikkelingen welke in hoofdstuk 2 aan het licht werden gebracht. In plaats van een poging tot kentering is er sprake van een opening van de deur voor een verdergaande volledige onttakeling van het Nederlands portretrecht. Het menselijk gezicht is alles behalve het centrum van het door haar gehanteerde portretbegrip. Het ideële portretrecht mag tevreden zijn met een symbolische plaats in een nieuwe portretwet. Het commerciële portretrecht wordt in de nieuwe portretwet uitgebouwd en krijgt voorzieningen.

Het tweede wijzigingsvoorstel dat ik behandelde was dat van Pinckaers, ook uit 1996. Pinckaers ontwerpt een recht op de persona waar rechter en wetgever naar toe moeten werken. Het recht op de persona is het exclusieve recht van ieder mens om zijn onderscheidende persoonskenmerken (waardoor hij of zij wordt herkend) te gebruiken voor commerciële doeleinden. Ook het voorstel van Pinckaers biedt geen soelaas voor de negatieve ontwikkelingslijn zoals aangeduid in hoofdstuk 2, integendeel: de deur welke de Commissie Portretrecht slechts op een kier zet, zet Pinckaers wagenwijd open en de samenleving bevindt zich in een nieuwe ruimte. Dit komt haar echter niet ten goede. De verbreding van portret naar persona heeft een vervlakkende uitwerking op het eigenlijke portretrecht. Het ideële portretrecht raakt met het recht op de persona volledig op de achtergrond en vangt de negatieve aspecten ervan op. Het recht op de persona als middel tot uitbating van de persoon is strijdig met de ratio van het portretrecht ex art. 21 Aw en heeft daarom een destructieve invloed op het ideële portretrecht.

Het derde voorstel betrekking hebbend, ofschoon slechts zijdelings, op een verandering in het huidige Nederlands portretrecht betrof dat van Van Engelen uit 1994. Van Engelen stelt voor art. 3:83 BW zodanig te redigeren dat *alle* intellectuele eigendomsrechten in principe overdraagbaar zijn en suggereert dat dit een verbetering oplevert voor het Nederlandse portretrecht. Het voorstel van Van Engelen is in principe echter irrelevant voor het Nederlandse portretrecht omdat het portretrecht een uit zijn aard niet-overdraagbaar recht is. Dit geldt niet alleen voor het ideële portretrecht, maar ook voor het commerciële. Het voorstel van Van Engelen geeft dus op zich noch verbetering noch verslechtering aan het huidige Nederlands portretrecht. Omdat het voorstel echter het commerciële portretrecht niet juist karakteriseert en categoriseert, biedt het wel een stimulans voor een verdere ongecontroleerde ontwikkeling van de op het ideële portretrecht geënte commerciële tak van het portretrecht, hetgeen zal leiden tot een nog verdergaande uitholling van het huidige Nederlands portretrecht. Samenvattend werd in hoofdstuk 3 duidelijk dat geen van de daar genoemde portretrechtelijke wijzigingsvoorstellen de vijanden van het portretrecht te lijf gaat en dat geen van de genoemde voorstellen in staat is het huidige Nederlands portretrecht nieuw leven in te blazen.

Het antwoord op de centrale vraag zoals gesteld in 1.2 luidt gezien het bovenstaande als volgt. *De verschillende wijzigingsvoorstellen met betrekking tot het portretrecht geven geen verbetering aan het huidige Nederlandse portretrecht. Ze gaan geheel of gedeeltelijk voorbij aan de eigenlijke problemen in het Nederlands portretrecht en bevorderen deze zelfs.* Het voorstel van Van Engelen heeft eigenlijk geen betrekking op het portretrecht maar verbeeldt goed een in de rechtsliteratuur levende misvatting omtrent het portretrecht. Dezelfde misvatting in combinatie met andere portretrechtelijke misvattingen valt te ontdekken in het voorstel van de Commissie Portretrecht. Dat voorstel is werkelijk te zien als de brug van het klassieke portretrecht naar het moderne portretrecht dat het niet meer is: een op geld waardeerbaar identiteitsrecht in de zin van het voorstel van Pinckaers.

In de portretrechtelijke wereld ontbreekt naar ik kon constateren een werkelijke weerstand tegen de macht van de commercie en de macht van de media. Zowel de sterke commercialisering van de samenleving als de gigantische uitbreiding van de media (als de van deze beide ontwikkelingen uitgaande aantrekkingskracht) hebben in de vorige eeuw het aantal portretpublicaties en de kans op ongewenste portretpublicatie drastisch vergroot. Dat het portretrecht zich hier niet te weer heeft gesteld of stelt, moge op het eerste gezicht een paradox lijken. Art. 19-20 Aw verschaft een regeling waarmee getracht wordt iedere persoon een redelijke controle te geven over een bepaalde manifestatie van zijn of haar persoon, namelijk zijn of haar portret, zodat voorkomen kan worden dat het portret een leven gaat leiden waarover de geportretteerde niets meer te vertellen heeft. De ratio van het portretrecht ligt in het gegeven dat de geportretteerde ten opzichte van de openbaarmaker de zwakkere partij is. Waar de eigenlijke functie van het portretrecht dus de bescherming is van de geportretteerde tegen ongewenste portretpublicatie, daar zou men verwachten dat het portretrecht bij dreigende afname van die bescherming alle zeilen zou bijzetten; precies het tegenovergestelde is echter de afgelopen eeuw gebeurd en dreigt nu verder te gebeuren. Dit op het eerste gezicht paradoxaal proces is echter zeer begrijpelijk. Als de rechtswereld met het recht achter de feiten aanloopt - hetgeen in het portretrecht duidelijk het geval is geweest en nog altijd is, zoals ik liet zien in deze scriptie - en dus de instrumentele functie van het recht uit het oog verliest, dan geraakt zij daardoor zelf als deel van de samenleving evengoed in de macht van de media en in de macht van de commercie. Op die wijze pakt het recht altijd uit in het voordeel van de media en moet het recht steeds buigen voor de economie.

4.2 Afronding

Deze scriptie heeft allereerst inzicht gegeven in hoe op dit moment portretrechtelijke casus beoordeeld worden. Op grond van de uiteenzetting in 2.1 tot en met 2.7 hierboven is redelijk goed inschatbaar of het zinvol is iets te ondernemen bij een bepaalde (ongewenste) portretpublicatie. Zoals bleek heeft het portretrecht wegens het redelijk-belang-criterium neergelegd in art. 21 Aw een uiterst casuïstisch karakter en daardoor is de uitslag bij een beroep op het portretrecht, ofschoon inschatbaar, moeilijk voorspelbaar. Deze scriptie heeft ten tweede inzicht gegeven in de ontwikkelingslijn van het Nederlandse portretrecht in de loop van de tijd: op grond daarvan is een diagnose gesteld en is een prognose voor de toekomst, als er niet wordt ingegrepen, duidelijk geworden. Tot derde heeft deze scriptie inzicht gegeven in de op het Nederlandse portretrecht betrekking hebbende wijzigingsvoorstellen en is op die manier gebleken dat deze voorstellen niet zozeer een reactie zijn als wel een voortborduren op de eerder geschetste negatieve portretrechtelijke ontwikkelingslijn.

Het Nederlandse portretrecht: inderdaad een portret zonder perspectief op dit moment. Dat het portretrecht om aandacht vraagt en een algehele portretrechtelijke herbezinning op dit moment hoogstnoodzakelijk is, is in deze scriptie gebleken. Ofschoon de behandelde wijzigingsvoorstellen werden afgekeurd, is de vraag wat er nu eigenlijk wél precies moet gebeuren met het Nederlandse portretrecht, hoe er wél nieuw perspectief kan worden aangebracht in het Nederlandse portretrecht, niet beantwoord. Een duidelijke indicatie daarvoor is echter in deze scriptie al doende boven water gekomen en in 3.4 hierboven zelfs enigszins uitgewerkt. Duidelijk werd in ieder geval dat het ideële portretrecht zodanig opnieuw moet worden vormgegeven dat het de positie van degene die zich erop beroept voor de toekomst veilig stelt en zodoende in portretrechtelijke kwesties voorkomen wordt dat steeds het recht van de sterkste geldt. De vormgeving van het ideële portretrecht door middel van een ‘Recht am eigenen Bild’ in de zin welke ik aanduidde in 3.4 hierboven,³²³ behoeft daartoe nader onderzoek. Omdat juist bij portretpublicaties in de huidige samenleving ook snel sprake kan zijn van grensoverschrijdende gevallen, zou de door mij voorgestane vormgeving van het ideële portretrecht in groter internationaal verband moeten worden uitgewerkt. Dit laatste temeer daar een portretrechtelijke uitholling zoals in deze scriptie voor Nederland beschreven ook in overige West-Europese landen op soortgelijke wijze schijnt te hebben plaatsgevonden.³²⁴ In deze scriptie werd ook duidelijk dat het hoog tijd is dat het parasietenleven van het ongebreidelde commerciële portretrecht wordt beëindigd. Dat wil zeggen dat de rechtsfiguur welke nu commercieel portretrecht heet, moet worden ontkoppeld - in zoverre dit mogelijk is - van het ideële portretrecht en in eigen, strikt aangegeven banen moet worden geleid. Zoals bleek is het de taak van het recht om deze banen goed aan te geven en mag deze taak niet worden opzijgezet met een beroep op de marktwerking. Als het commerciële portretrecht een duidelijk afgebakend wettelijk kader krijgt, dan wordt de (schadelijke) invloed op het ideële portretrecht geminimaliseerd. Een onderzoek naar de (uitbreidings)mogelijkheden van het merkenrecht zou in dit verband op zijn plaats zijn en eventueel een onderzoek naar de mogelijkheden van het recht van ongeoorloofde mededinging. Waarschijnlijk biedt het merkenrecht voldoende mogelijkheden om het commerciële portretrecht te reguleren. Het huidig commercieel portretrechtelijk systeem dat zich ontwikkeld heeft op basis van art. 21 Aw en zich via de rechtspraak een weg heeft gebaan, is als zodanig verwerpelijk wegens de inherent ermee verbonden afbreuk aan het ideële portretrecht. Het ontwerpen van een nieuw wettelijk systeem dat daarop voortbouwt, moet gemeden worden, gezien het gevaar dat dit in zich bergt: de aantasting van het ideële portretrecht.

323 Zie de laatste alinea van 3.4 hierboven.

324 Zie Pinckaers 1996, p. 6-13 en 423-424; Voorhoof 1998, p. 10-12; Lübke 2004 en vgl. noot 255 hierboven.

LITERATUURLIJST

Advies van de Commissie Auteursrecht 2001

‘Commissie Auteursrecht. Advies over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van artikel 83 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verhandelbaarheid van vermogensrechten’, gepubliceerd in *Informatierecht/AMI* 2002, p. 42 e.v.

Beunen 1997

A. Beunen, *Digitale manipulatie van beeldmateriaal: grenzen aan de grenzeloosheid* (onderzoeksrapport Nijmegen 1996), Alphen aan de Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie BV 1997 (tevens gepubliceerd door eJure, Kenniscentrum ICT en recht: <www.ejure.nl>, publicaties van ITeR-onderzoeksresultaten nr. 6).

Bockwinkel & De Winter 1997

J. Bockwinkel & R. de Winter, ‘Portret in the picture’, *AA* 1997, p. 130-131.

Boeckh 2001

T. Boeckh, ‘Markenschutz an Namen und Bildnissen realer Personen’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2001, p. 29-38.

Boekman 1966

S. Boekman, ‘Publicaties van eens anders portret en onrechtmatige mededinging’, *BIE* 1966, p. 29-32.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 982-991.

Brinkhof, Grosheide & Spoor

J.J. Brinkhof, F.W. Grosheide & J.H. Spoor (red.), *Intellectuele eigendom, artikelsgewijs commentaar* (Band 2, Au II), Den Haag: Elsevier Juridisch (losbl.).

De Cock Buning 2005

M. de Cock Buning, ‘Auteursrecht en informatievrijheid: over de beperkte toepassing van artikel 10 EVRM’, *Mediaforum* 2005, p. 157-165.

Corbet 1997

J. Corbet, *Algemene praktische rechtsverzameling: Auteursrecht*, Antwerpen: Kluwer Rechtwetenschappen België/E. Story-Scientia 1997.

Drion 2007

C.E. Drion, ‘Scheef recht’, *NJB* 2007, p. 1889.

Van Engelen 1991

Th.C.J.A van Engelen, ‘Vermogensrechten op onstoffelijke goederen. Overdraagbaarheid naar Nieuw BW: een stap terug!’, *NJB* 1991, p. 431-435.

Van Engelen 1994

Th.C.J.A van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van Engelen 2001

Th.C.J.A van Engelen, 'Overdraagbaarheid van 'alle rechten'; wetswijziging mogelijk in aantocht?!', *NJB* 2001, p. 333-337.

Van Engelen 2003

Th.C.J.A van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2003.

Fricke 2003

M. Fricke, 'Personenbildnisse in der Werbung für Medienprodukte', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2003, p. 406-409.

Gauß 2004

H. Gauß, 'Oliver Kahn, Celebrity Deathmatch und das Right of Publicity - Die Verwertung Prominenter in Computer- und Videospielen in Deutschland und den USA', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 2004, p. 558-567.

Gerbrandy 1946

S. Gerbrandy, *Industriele eigendom en subjectief recht* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946.

Gerbrandy 1988

S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 269-275, 278-281.

Gielen & Verkade 2005

Ch. Gielen & D.W.F. Verkade (red.), *Intellectuele eigendom, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005.

Gilhuis 2005

K. Gilhuis, 'Enkele recente ontwikkelingen op het gebied van de (on)rechtmatige perspublicatie', *Mediaforum* 2005, p. 320 e.v.

Gilhuis & Wefers Bettink 2002

K. Gilhuis & H.W. Wefers Bettink, 'Commissie Auteursrecht adviseert ten onrechte pas op de plaats', *Juridische Aspecten Van Internet (Juridisch tijdschrift voor internet en E-business)* 2002, p. 42-47.

Grosheide & Mochel 1999

W. Grosheide & P. Mochel, 'Een herkenbaar portret', *Mediaforum* 1999, p. 345.

Grün 2000

P. J. Grün, *Die Schöpfung. Ein göttlicher Plan*, Müstair/GR: Verax-Verlag 2000.

Haeck 1999

J. Haeck, 'Portretgebruik in reclame-uitingen: dansend de deur open?', *Mediaforum* 1999, p. 347.

Helle 1991

J. Helle, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht. Das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1991.

Hirsch Ballin 1970

E.D. Hirsch Ballin, *Auteursrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer 1970.

Hubmann/Rehbinder 1998

H. Hubmann/M. Rehbinder (bew.), *Urheberrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 1998, p. 334-340.

Huydecoper 1997

J.L.R.A. Huydecoper, 'Waarom bescherming, en waarom zoveel soorten?', *BIE* 1997, p. 33-35.

Jeremiah 1997

J.R. Jeremiah, *Merchandising intellectual property rights*, Chichester: John Wiley & Sons 1997.

De Jong 2006

Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Kok 1999

J.W. Kok, *Character merchandising bij niet fictieve figuren* (scriptie Rotterdam) 1999.

Legler 1998

T. Legler, 'Das Recht am eigenen Bild auf der Datenautobahn', *Computer und Recht* 1998, p. 439 e.v.

Lübbe 2004

Lübbe, 'Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsvermarktung in den Medien', *Der aktuelle Begriff* (Publikation der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages) 2004, p. 106-109.

Mom 1996

G.J.H.M. Mom, 'Portretmerken', *IER* 1996, p. 169-175.

Mulder 1998

N.W. Mulder, 'Kunt u mij de weg naar Niemandsland vertellen, meneer? Overwegingen n.a.v. het proefschrift van Sebastiaan Pinckaers', *Informatierecht/AMI* 1998, p. 1-5.

Nordemann, Vinck & Hertin 1994

W. Nordemann, K. Vinck & P.W. Hertin, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart: Kohlhammer 1994, p. 137 -140.

Oppenoorth 1986

F. Oppenoorth, 'Een lastig portret', *IER* 1986, p. 85-88.

Oppenoorth 1993

F. Oppenoorth, 'Portretten en de waarde van vrije nieuwsvoorziening', *Mediaforum* 1993, p. 79-80.

Oppenoorth 1994

F. Oppenoorth, 'Portretten na HR 21 januari 1994', *Mediaforum* 1994, p. 58-59.

Overdijk 1996

T.F.W. Overdijk, 'De vele mogelijkheden van licentiëring', in: H. Bergman (red.), *Dossier Onderneming & Intellectuele Eigendom*, Den Haag: Delwel/Advies 1996, p. 111-117.

Peters 2003a

J.A. Peters, 'Het Wassenaarse fotografieverbod', *Mediaforum* 2003, p. 273.

Peters 2003b

J.A. Peters, 'Naschrift', *Mediaforum* 2003, p. 325.

Pieroth & Schlink 1994

B. Pieroth & B. Schlink, *Schwerpunkte; Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg: Müller Juristischer Verlag 1994, p. 98-99.

Pinckaers 1996

J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona* (diss. Amsterdam UvA), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1996.

Pinckaers 1997a

J.C.S. Pinckaers, 'Het recht op de persona', *AA* 1997, p. 180-182.

Pinckaers 1997b

J.C.S. Pinckaers, 'Van portretrecht naar personarecht', *Informatierecht/AMI* 1997, p. 47-53.

Pinckaers 1998

J.C.S. Pinckaers, 'De rechtvaardiging en beschermingsomvang van het recht op de persona', *Informatierecht/AMI* 1998, p. 21-23.

Preadvies van de Commissie Portretrecht 1996

'Contouren van een portretwet. Preadvies van de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht', gepubliceerd in *Mediaforum* 1996, oktober p. R1-R12.

Quaadvlieg 1996a

A.A. Quaadvlieg, 'Beschermingsdrift: een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming' (Deel I), *BIE* 1996, p. 4-10.

Quaadvlieg 1996b

A.A. Quaadvlieg, 'Beschermingsdrift: een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming' (Deel II), *BIE* 1996, p. 51-60.

Schricker 1987

G. Schricker (red.), *Urheberrecht. Kommentar*, München: Beck 1987, p. 750-798.

Schuijt 2005

G.A.I. Schuijt, 'Het portret van Mohammed B.', *NJB* 2005, p. 940-943.

Schwitters 2000

R.J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer 2000, p. 36, 40-44.

Spoor, Verkade & Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, Hoofdstuk VI en VII.

Stevens 2003

J.C.F. Stevens, *De puinhopen van pers. Pleidooi voor revitalisering van privacy-bescherming inzake reality-TV in ruime zin* (scriptie Utrecht, publieksversie) 2003, ([www.uu.nl/content/De%20puinhopen%20van%20pers%20%20\(publieksversie%20-%20web\).pdf](http://www.uu.nl/content/De%20puinhopen%20van%20pers%20%20(publieksversie%20-%20web).pdf)), geraadpleegd januari 2007), p. 6, 46, 118-119.

Vedder & Van der Wees

A.H. Vedder & J.G.L. van der Wees, 'Hoe veilig is de privacy van de doorsnee burger sinds 9/11?', *Privacy & Informatie* 2007, p. 5.

Verkade 1996

D.W.F. Verkade, 'Gefeliciteerd met Uw subjectieve portretrecht ...', *Mediaforum* 1996, p. 125-126.

Visser 2000

D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2000, p. 565.

Visser 2003

D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2003, p. 541.

Visser 2004

D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2004, p. 538.

Visser 2006

D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2006, p. 547-548.

Van Vliet 1995

L. van Vliet, 'Een gewogen afbeelding; een civielrechtelijk model voor het afwegen van belangen bij het openbaar maken van afbeeldingen', *AA* 1995, p. 252-260.

Voorhoof 1998

D. Voorhoof, 'Boekbespreking' (bespreking van: J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona* (diss. Amsterdam UvA), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1996), *Informatierecht/AMI* 1998, p. 10-14.

Van Wechem 1996

T.H.M. van Wechem, 'Merchandising: een overeenkomst met eigen karakter', in: H. Bergman (red.), *Dossier Onderneming & Intellectuele Eigendom*, Den Haag: Delwel/Advies 1996, p. 70-76.

Wentink 1995

B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Wichers Hoeth/Gielen e.a. 2000

L. Wichers Hoeth/Ch. Gielen e.a. (bew.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

JURISPRUDENTIELIJST

Europees Hof voor de rechten van de mens

EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004, p. 252 (*Caroline von Hannover/Duitsland*).

Hoge Raad

HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 220, m.nt. GJS, *AA* 1970, p. 377, m.nt. Cohen Jehoram, *BIE* 1971, nr. 24, p. 122, m.nt. SB (*Ja zuster/nee zuster*).

HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 383, m.nt. LWH, *BIE* 1979, nr. 23, p. 163, *Tijdschrift voor auteurs- en mediarecht* 1979, p. 52, m.nt. Spoor (*'t Schaep met de Vijf Pooten*).

HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191, m.nt. vNH, *BIE* 1986, nr. 71, p. 280, *AA* 1988, 257, m.nt. HCJ, *Computerrecht* 1986, 176, m.nt. EJD, *IER* 1986, nr. 29, p. 78 (*Holland Nautic/Decca*).

HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701, m.nt. LWH, *Informatierecht/AMI* 1989, p. 70, *IER* 1989, nr. 21, p. 41, m.nt. Spoor, *AA* 1989, p. 675, m.nt. Cohen Jehoram (*Elvis Presley*).

HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, m.nt. Verkade, *Informatierecht/AMI* 1994, p. 93, m.nt. Schuijt, *Mediaforum* 1994, p. B30, met comm. Oppenoorth op p. 58, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 659, m.nt. Verheij (*Ferdi E.; Moordenaar G.J. Heijn*).

HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80, m.nt. Dommering, *Informatierecht/AMI* 2003, p. 175, m.nt. Hugenholtz, *Mediaforum* 2003, p. 211, m.nt. Schuijt (*Breekijzer*).

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 13 april 1960, *NJ* 1961, 160 (*Teddy Scholten*).

Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *NJ* 1991, 281, *AMI* 1991, p. 48, m.nt. DWFV, *BIE* 1991, nr. 91, p. 332, *IER* 1990, nr. 60, p. 129 (*Van Uden/Verkerke*).

Hof Amsterdam 10 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 200, m.nt. Pinckaers (*Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag*).

Hof Amsterdam 27 mei 1993, *NJ* 1994, 658, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 96, m.nt. Cohen Jehoram (*Amateurbokser Vanderlijde*).

Rechtbanken

Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1959, *NJ* 1959, 648 (*Teddy Scholten*).

Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 december 1965, *BIE* 1966, nr. 66, p. 240 (*Feyenoord-spelers*).

Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1990, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 200 (*Van de Leende/Courant Nieuws van de Dag*).

Rb. Haarlem 6 november 1990, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 198 (*Amateurbokser Vanderlijde*).

Pres. Rb. Amsterdam 22 december 1994, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 136, m.nt. Spoor, *Mediaforum* 1995, p. B19, *IER* 1995, nr. 12, p. 61 (*Millecam*).

Pres. Rb. Amsterdam 2 december 1999, *Informatierecht/AMI* 2000, p. 31, m.nt. Schuijt, *KG* 2000, 17, *Mediaforum* 2000, p. 57, m.nt. Visser (*Sinterklaas*).

Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *IER* 2003, nr. 18 (*Verstappen/Albion*).

Pres. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, p. 42, m.nt. Schuijt (*Endstra/Quote I*).

Pres. Rb. Amsterdam 22 november 2002, *Mediaforum* 2003, p. 70, m.nt. Schuijt (*Endstra/Quote II*).

Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *Mediaforum* 2005, p. 125, *IER* 2005, nr. 44 (*Staat/Kijkshop; Balkenende*).

Pres. Rb. Breda 24 juni 2005, *Informatierecht/AMI* 2005, p. 171, *IER* 2005, nr. 80 (*Gouden Gids & Katja Schuurman/Yellow Bear e.a.*).